This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 196 309

Bd. May 1892

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 21, 1892

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

3447

Verhandlungen

des

Zwölften deutschen Juristentages.

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

I 2
62

Erster Band.

8.
Berlin, 1874.
Commissions-Verlag von J. Guttentag.
(D. Collin.)

(Eine zweite Abtheilung der Gutachten wird Ende d. J. ausgegeben werden.).

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Seite.

I. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
1. Soll die Obervormundschaft, soweit sie dem Staate obliegt durch Einzelrichter oder durch Collegialgerichte ausgeübt werden?
2. Soll die Obervormundschaft dem Staate allein vorbehalten werden, oder eine Mitwirkung der Familie oder Gemeinde stattfinden?
3. Soll das Institut eines beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes überhaupt, für alle, oder nur für einzelne Fälle eingeführt werden?
4. Empfiehlt sich die Beibehaltung der Depositalverwaltung für Mündelgelder? und welche Grundsätze rechtfertigen sich hinsichtlich der Cautionsbestellung der Vormünder? 3
von Herrn Stadtgerichtsdirektor Anton in Berlin.

II. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
Ist es wünschenswerth und ausführbar, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu codificiren, und auf welcher Grundlage? 29
von Herrn Professor Dr. Richard Schröder in Würzburg.

III. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
„Welches der in Deutschland herrschenden ehelichen Güterrechtssysteme eignet sich zur Verallgemeinerung in Deutschland?" 41
von Herrn Justizrath Dr. Euler zu Frankfurt a. M.

IV. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
Soll im Falle der Freisprechung (oder der Nichterhebung der Anklage) für die Untersuchungshaft eine Entschädigung gewährt werden? 46
von Herrn Professor Dr. Nitzen in Straßburg.

V. Gutachten über die Frage:
Kann die Privatanklage in weiterem Umfange als für Beleidigungen in das deutsche Strafverfahren eingeführt werden? 64
von Herrn Professor Dr. v. Holtzendorf in München.

VI. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
Soll die Jury in den deutschen Civilprozeß eingeführt werden? . . 79
von Herrn Obergerichtsassessor Dr. Westerkamp in Hannover.

VII. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
Soll eine Reform des Zwangsversteigerungsverfahrens dahin erstrebt werden, daß der Zuschlag nicht ertheilt werden darf, wenn das Gebot den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht übersteigt? 117
von Herrn Oberappellationsrath Dr. v. Salpius zu Celle.

VIII. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
Soll eine Reform des Zwangsversteigerungsverfahres dahin erstrebt werden, daß der Zuschlag nicht ertheilt werden darf, wenn das Gebot den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht übersteigt? 134
von Herrn Advokat Dr. Heinsen in Hamburg.

IX. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
„Soll die väterliche Gewalt, insbesondere als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit, kraft des Gesetzes mit der Großjährigkeit des Hauskindes erlöschen. 158
von Herr Professor Dr. L. Pfaff in Wien.

Rec. March 21, 1892

Digitized by Google

Gutachten.

Digitized by Google

Digitized by Google

II.

Gutachten des Herrn Stadtgerichtsdirektor Anton in Berlin

über die Gesetzgebungsfragen:

1. Soll die Obervormundschaft, soweit sie dem Staate obliegt, durch Einzelrichter oder durch Kollegialgerichte ausgeübt werden?
2. Soll die Obervormundschaft dem Staate allein vorbehalten werden, oder eine Mitwirkung der Familie oder Gemeinde stattfinden?
3. Soll das Institut eines beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes überhaupt, für alle, oder nur für einzelne Fälle eingeführt werden?
4. Empfiehlt sich die Beibehaltung der Depositalverwaltung für Mündelgelder? und welche Grundsätze rechtfertigen sich hinsichtlich der Cautionsbestellung der Vormünder?

Von der ständigen Deputation des deutschen Juristentages wurde mir am 26. Januar 1874 der ehrenvolle Auftrag, über vier, in bestimmter Reihenfolge formulirte, Fragen aus dem Vormundschaftsrecht ein Gutachten für den nächsten Juristentag zu erstatten. Bei Abgabe dieses nachstehenden Gutachtens habe ich mich auf das Wesentlichste beschränkt, um möglichst kurz zu sein, und die Basis praktischer Anwendung vorzugsweise festgehalten. Es sei nachsichtiger Beurtheilung empfohlen.

I. Soll die Obervormundschaft, soweit sie dem Staate obliegt, durch Einzelrichter oder durch Kollegialrichter ausgeübt werden?

Als feststehend und zweifellos wird bei Beantwortung der vier gestellten Fragen von vornherein angenommen:

1. daß der Staat es ist, der für die Sicherheit seiner Angehörigen, in Ansehung ihrer Personen, ihrer Ehre, ihrer Rechte und ihres Vermögens

Digitized by Google

zu sorgen die Verpflichtung hat, und daß diese Pflicht der Grund der dem Staate allein zukommenden Gerichtsbarkeit ist;

2. daß Personen, welche für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, unter der besonderen Aufsicht des Staates stehen;
3. daß der Staat die Sorge für solche Pflegebefohlenen den von ihm bestellten Vormündern oder Kuratoren aufträgt;
4. daß die Bestellung dieser Vormünder und Kuratoren und die Aufsicht über dieselben durch das Gericht geschieht, da es sich dabei wesentlich um einen Rechtsschutz handelt.*)

Wohl aber ist es noch eine bestrittene Frage: ob die „Obervormundschaft", das ist: die staatliche Aufsicht über die Führung der Vormundschaften und Kuratelen durch die Gerichte, ausgeübt werden soll durch Einzelrichter oder durch Kollegialgerichte? Um diese Frage sachgemäß für die Gegenwart zu beantworten, muß man sich zuvörderst klar machen, welche Interessen dabei in Betracht kommen, um die Zweckmäßigkeit der Bejahung oder Verneinung der ersten resp. zweiten Alternative in der gestellten Frage beurtheilen zu können. In erster Reihe muß das Interesse des Pflegebefohlenen, in zweiter das des Vormundes oder Kurators, und in dritter das des Staates stehen. Nach diesen drei Richtungen halten wir die Bestellung des Einzelrichters zum Vormundschaftsgericht für vorzüglicher. Dabei natürlich die durchschnittliche Qualifikation des Einzelrichters angenommen und besonders unpraktische, sowie schwache Richter als ausgeschlossen gedacht, die in Kollegien ihre Verwerthung finden mögen. Im preußischen Staate ist von jeher die „Obervormundschaft" über Nicht-Eximirte von Einzelrichtern (Patrimonialrichtern, Gerichtsamtmännern, Gerichtskommissarien ꝛc.) geführt worden, während die Eximirten früher der Obervormundschaft der Oberlandesgerichte, also der Gerichtskollegien, unterworfen waren; und, obwohl in früherer Zeit unter den Patrimonial- und anderen Einzelrichtern wenige waren, welche die sogenannte große Staatsprüfung (Assessorexamen) erledigt hatten, den meisten bei ihrem Amtsantritt sogar eine sehr mangelhafte praktische Ausbildung zur Seite stand, so ist doch nie eine Klage darüber und

*) § 1, 3, II., 17, § 1, 3, 4, II., 18 Preußischen Allgemeinen Landrechts. — Deutsche Vierteljahrsschrift, 23. Jahrgang 1860, 3. Heft, Seite 127. — Art. 3, 1. Alinea, Verf. des deutschen Reichs, Reichsges.-Blatt 1871, Seite 65. — Damit stimmt auch die Entwickelung der Vormundschaft des deutschen Rechts, vor und nach der Reception des römischen Rechts, überein. Kraut, die Vormundschaft ꝛc., Göttingen 1835, I. S. 25 ff., 28, 63 ff. Rudorff, das Recht der Vorm., Berlin 1832, I. S. 33, 46, 65 ff. Arndts und Leonhard, das preußische Vormundschaftsrecht, Berlin 1862, § 1—7. Schimmelpfennig, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen. Behrends Zeitschrift ꝛc., VI., S. 316, Berlin 1872.

Digitized by Google

der Wunsch ausgesprochen worden, die „Obervormundschaft" möge den Einzelrichtern abgenommen und den Kollegialrichtern zugelegt werden. Daher hat auch der Gesetzrevisor Ende der 20er Jahre Pensum VII. (Berlin 1831, S. 18, 22) sich ganz entschieden für die Einzelrichter ausgesprochen und die eximirten Vormundschaftsgerichte überhaupt als nachtheilig und verderblich verworfen, aber auch insbesondere die Kollegien nicht für zweckmäßig befunden. Der eximirte Gerichtsstand ist inzwischen seit 1849 glücklicherweise ein überwundener Standpunkt, und auch der neueste Gesetzrevisor als Herausgeber des dem preußischen Abgeordnetenhause vorliegenden Entwurfes eines Gesetzes für das Vormundschaftswesen hat sich für die Einzelrichter entschieden.

Jede gute Vormundschaft wird durch zwei Haupterforderniſſe bedingt: einmal, daß im vorkommenden Falle die Vormundschaft ohne den geringsten Zeitverlust angeordnet, das andere Mal aber, daß die Vormundschaft mit der möglich größten Kenntniß der Person und der Vermögensverhältnisse des Erblassers, des Pfleglings und des Vormundes geführt werde. Diese Erforderniſſe können aber nur zutreffen, wenn der Vormundschaftsgerichtssprengel nicht zu groß ist, so daß sich der Vormund, der Pflegling und der Richter möglichst nahe stehen und auf die einfachste, leichteste Art mit einander verkehren können. Allen, namentlich auch den ärmeren Klassen, muß der Richter leicht zugänglich sein. (Gneist, die heutige englische Communal-Verfassung ꝛc. Berlin 1860, S. 162.) Dann ist es dem Richter als der obervormundschaftlichen Behörde, was so dringend nothwendig ist, möglich, mit eigenen klaren Augen, statt durch die anders färbende papierne Aktenbrille, zu sehen. Der mündliche lebendige Verkehr zwischen diesen Personen wird erleichtert, und Zeit und Kosten, sowie viele Weitläufigkeiten und Verdrießlichkeiten werden dadurch erspart. Die Verwaltung der Vormundschaft selbst aber wird eine lebendigere, und das Interesse des, möglichst stabilen, Einzelrichters, der inmitten seines amtlichen Kreises wohnt und lebt, also die individuellen Sonderheiten und Gewohnheiten der Gerichtseingesessenen kennt, was bei Vormundschaftssachen doppelt wünschenswerth ist, wird für die Sache ein viel regeres, für die Person der Pfleglinge aber ein warmes und väterliches, so daß sich in der Hand eines besonders dazu geeigneten Einzelrichters die Vormundschaft nicht nur höchst segensreich, sondern auch mustergiltig herausbilden kann. Wenn man dieser Anschauung folgt, so bedarf es weiter keines Beweises, daß diese Einrichtung ebensowohl im Interesse des Pflegebefohlenen als des Vormundes empfehlenswerth erscheint.

Es wird aber nicht erübrigt werden können, die Gründe zu prüfen, die etwa für eine kollegialische Behandlung der obervormundschaftlichen Aufsicht durch die Gerichte sprechen könnten. Diese lassen sich nur auf einen

Digitized by Google

einzigen zurückführen, nämlich auf den: es werde durch eine kollegialische Berathung und Bearbeitung dem Pflegebefohlenen und dem Vormunde mehr Sicherheit für eine vielseitigere und daher reifere Erwägung der vorliegenden Fragen, namentlich was die rechtliche Seite anlange, gewährt. Indeß ist dieser Grund nur scheinbar*), insofern die praktische Handhabung der Sache in der Wirklichkeit weit hinter diesem idealen Grunde zurückbleibt. Außerdem ist dabei hier schon zu erwägen, mindestens schon zu erwähnen, ob nicht dieser etwanige, durch kollegialische Berathung erstrebte, Nutzen auf eine andere naturgemäßere und sichere Art zu erreichen sein dürfte, ohne dem Staate die Schwierigkeit und die Kosten aufzubürden, statt eines Richters ein Kollegium von mindestens drei für dieselbe Sache aufwenden zu müssen. Was die ideale Auffassung einer Berathung im Kollegio anlangt, so bleibt die Wirklichkeit gewaltig hinter derselben zurück. Wie wir Praktiker wissen, sind der Referent und der Vorsitzende, — letzterer auch nicht immer beim Vortrage, da ihm oft, ja meist, die Vormundschaftsakten vor der Sitzung nicht vorgelegt werden können, — die einzigen im Kollegio, was mindestens aus drei, oft aber aus mehr als drei Mitgliedern gebildet wird (in Berlin z. B. beim Stadtgericht, Abtheilung für Vormundschaftssachen, besteht das Plenum, vor dem die Vorträge erfolgen, der Regel nach aus 13), die in der Sache informirt sind. Die einzelnen beisitzenden Mitglieder, die bei dem großen Drange der Geschäfte während des Vortrages in der Regel überall ihre eigenen Arbeiten erledigen, und daher in den seltensten Fällen die Sache in ihren thatsächlichen Unterlagen gründlich kennen zu lernen in der Lage sind, außerdem aber sich, meistentheils wenigstens, trotz ihrer Regreßpflicht, auf die Genauigkeit des Referenten verlassen müssen, betheiligen sich oft bei Kollegialbeschlüssen, ohne das Für und Wider mit seinen vielen, gerade bei vormundschaftlichen Verwaltungsfragen sehr häufig aus den verschiedensten Rechtsgebieten einschlagenden Gesetzesbestimmungen genau erwägen zu können und zu erwägen, wir möchten sagen rhapsodisch und in Pausch und Bogen, ohne die Tragweite des Beschlusses sich ganz klar gemacht zu haben. So wie die Vortragssachen bei stark beschäftigten Gerichten massenhaft zu sein pflegen, so dürften wir geneigt sein, die Abfassung der Kollegialbeschlüsse oft „massig" zu nennen, im Gegensatz zu wohlerwogen nnd subtil-sorgfältig, ohne den Einzelnen daraus etwa bezüglich ihrer Befähigung oder Gewissenhaftigkeit einen besonderen Vorwurf machen zu wollen. Dies kann bei einem gewissenhaften Einzelrichter nicht vorkommen. Denn er kennt die Sache

*) Kurlbaum in seinen „kritischen Bemerkungen" zu dem Entwurfe eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen nebst Erläuterungen, Berlin 1870, nennt S. 4, indem er sich auch für Einzelrichter ausspricht, „die kollegialische Behandlung in den allermeisten Fällen eine Illusion".

Digitized by Google

wirklich, bearbeitet und verarbeitet sie, kann sich nicht auf Andere dabei verlassen, sondern muß selbst denken und urtheilen, hat daher lebhafteres Interesse daran, ist nicht an den Moment des Vortrages gebunden, um ohne weitere Vorbereitung sofort ein entscheidendes Urtheil abzugeben, kann vielmehr vorher die Sache reiflich erwägen und die gesetzlichen Materialien gehörig studiren. Nun könnte man zwar sagen, in derselben Lage befände sich doch wenigstens der Referent im Kollegio. Wenn man diesem aber dieselbe entscheidende Stellung anweist, so ist eben damit bewiesen, was zu beweisen war: daß es dann eines daran hängenden Kollegialapparates nicht bedarf. In neuerer Zeit ist man auch allgemein für die Einzelrichter bei Bearbeitung der Vormundschaftssachen eingetreten.*) Fällt aber hiermit der einzige scheinbar stichhaltige Grund für die Bearbeitung der Vormundschafts-Sachen durch Kollegien, so ist der Einzelrichter der geeignetste Führer der „Obervormundschaft", da, wie oben ausgeführt, er am meisten den Interessen des Pflegebefohlenen und des Vormundes, und ebenso, wegen des geringeren Kraft- und Kosten-Aufwandes, neben der schnelleren und sicheren Erreichung des Zieles dem staatlichen Interesse entspricht.

Es könnte nun hierbei noch die Frage auftauchen: ob es zweckmäßig sei, einzelne Geschäfte der „Obervormundschaft" wenigstens dem Einzelrichter abzunehmen und den Kollegien zuzuweisen, wie dies z. B. jetzt in den sogenannten altländischen preußischen Provinzen, wo die Allgemeine Gerichts-Ordnung gilt, nach dem Geschäftsregulativ vom 18. Juli 1850 (§ 20 Nr. 14, § 18) in bestimmten Fällen stattfindet. Indeß müssen wir uns dagegen aussprechen. Und zwar aus zwei Gründen. Einmal schon deshalb, weil dadurch die Würde des Richters und das Vertrauen zu ihm beeinträchtigt resp. das Prinzip, dem Einzelrichter die „Obervormundschaft" zu übertragen, durchlöchert würde, und zweitens aus dem weiter unten näher zu erörternden Grunde, daß es zweckmäßiger ist, dem Einzelrichter andere Rathgeber zur Seite zu stellen, als nur studirte Richter, ohne ihn durch zweifelhafte, oft illusorische Kollegialbeschlüsse einzuengen. Dies ist der Punkt, den wir oben damit andeuteten, wenn wir sagten, es werde der etwanige Nutzen einer kollegialischen Berathung (nicht etwa Beschließung) unseres Darfürhaltens auf eine andere naturgemäßere und sichere Art, als durch Berathung in Richterkollegien, zu erreichen sein. Um diesen Punkt genauer zu erörtern, kommen wir weiter zu der Frage:

---

*) cfr. Justizreformen, zunächst mit Bezug auf Oesterreich, Deutsche Vierteljahres-Schrift, 23. Jahrgang, 1860, Heft 3, S. 131, Kurlbaum, kritische Bemerkungen ꝛc., Berlin 1870, S. 4., Märcker, Bemerkungen ꝛc. in Behrends Zeitschrift IV., S. 309, Philler, der Entwurf ꝛc. ebenda IV., S. 319, Schimmelpfennig, Bemerkungen ꝛc. ebenda VI. S. 316.

Digitized by Google

II. Soll die Obervormundschaft dem Staate allein vorbehalten werden, oder eine Mitwirkung der Familie oder Gemeinde stattfinden, und, im Falle der Bejahung der letzteren Alternative, in welchem Maaße (begutachtend oder beschließend)?

Die Beantwortung dieser Frage entwickelt sich unseres Erachtens ganz von selbst aus dem Verhältnisse des Pflegebefohlenen und seines Vormundes (Kurators) zur Familie, zur Gemeinde und zum Staate. Fest steht für uns bereits, daß der Staat allein die Aufsicht über die Vormundschaften, die er durch die von ihm bestellten Vormünder führen läßt, hat. Diese Aufsicht gewährt dem Pflegebefohlenen Sicherheit und Schutz, dem Vormunde aber außerdem noch Autorität und Rath, insofern der „Obervormund" d. i. der Vormundschaftsrichter, die Handlungen des Vormundes genehmigt und sie dadurch mit einer Vollstreckungskraft versieht, die, wenn sie fehlte, die Thätigkeit des Vormundes in vielen Fällen geradezu lähmen würde. Dies ist aber auch so ziemlich Alles, was der Staat unmittelbar durch seine Vormundschaftsrichter gewähren kann. Dagegen liegt es auf der Hand, daß diese obervormundschaftliche Aufsichts-Thätigkeit als Hülfe dem Vormunde oft nicht ausreichen wird, um für die Person und das Vermögen des Pflegebefohlenen genügend sorgen zu können. Es werden dazu dem selbstständig fungirenden Vormunde häufig genug die Mittel fehlen. Er wird in Verlegenheit sein, wo er das unbemittelte, vielleicht kranke, verlassene Mündel unterbringen soll, was für einem Berufe dasselbe zuzuführen sein möchte, was mit der ererbten Handlung, dem vermachten Gute ꝛc. am zweckmäßigsten anzufangen sein wird. Beim Obervormundschaftsrichter kann er zunächst darüber keinen Rath, wenigstens keinen endgültigen, einholen, da er, der Vormund, eben dazu berufen ist, jenem, dem Richter, seine Entschließung zur Genehmigung vorzutragen. Beim Rechtsanwalte wird er aber nur über juristische Fragen Auskunft nachzusuchen haben. Er hat also als Vormund an einem anderen Orte die sofortigen Hülfsmittel aller Art zu suchen und zu finden. Und da ist der erste Gedanke wohl an die nächsten Verwandten, an die Familie des Pflegebefohlenen. Sind Verwandte da, denen das Gesetz eine Pflicht auflegt, für den Pflegebefohlenen zu sorgen, so wird eine besondere Schwierigkeit, die nöthigen Mittel, das nöthige Interesse, und den nöthigen Rath zu finden, nicht vorhanden sein. (§ 10—12 II. 3. A. L.-R.)

Anders aber, wenn keine nahen Verwandten, sondern ganz ferne Verwandte, eigentlich fremde, zufällig durch ein noch erkennbares Verwandtschaftsband so zu bezeichnende, Personen allein, oder gar keine Verwandten vorhanden sind, dabei aber auch noch die bitterste Armuth obwaltet. Da lenkt sich das Auge des Vormundes unwillkürlich auf die Gemeinde, der das Mündel angehört und in der es seinen Unter-

Digitized by Google

stützungswohnsitz hat. Damit ist aber die Antwort auf obige Frage von selbst gegeben. Die Familie und die Gemeinde sind die beiden Kreise, aus denen erst die Vormünder vorzuschlagen, zu wählen und zu verpflichten sind. Sie sind aber außerdem dazu da, in dieser Reihenfolge dem bestellten Vormunde beizustehen, um die Mittel und die nöthigen Rathschläge bei der Sorge für die Person und das Vermögen des Pflegebefohlenen zu geben resp. zu beschaffen. Daraufhin trägt der Vormund seine, darauf begründete Entschließung dem Obervormund vor, und dieser ertheilt dazu seine entscheidende, Exekutivkraft verleihende, Genehmigung, oder weist nach Umständen den Antrag aus Gründen, die mitzutheilen sind, zurück. Immer aber wird er sich bei seiner Prüfung auf Anträge, namentlich wenn sie sich auf Familienbeirath oder Gemeindebeirath stützen, mehr negativ zu verhalten haben, insofern er sich zu fragen haben wird: steht etwas, event. was, dem gestellten Antrage entgegen? Und, findet er nichts erheblich dagegen Sprechendes, wird er die Genehmigung nicht versagen können. Die Zuziehung der Familie und Gemeinde mag daher ebenso für den Vormund, wie es für die Obervormundschaft nur sein kann, wenn man nicht die Familie, vielleicht als mehrgliedrigen Rath, oder die Gemeinde selbst zu einer obervormundschaftlichen Behörde machen will, — was durchaus die zugewiesene Stellung des Obervormundes, der allein die Aufsicht zu führen hat, alteriren würde, — nur eine begutachtende Wirkung haben; — jedenfalls wird aber der Vormund verpflichtet werden müssen, in besonders zu bezeichnenden wichtigen Fällen die Familie, oder in deren Ermangelung die Gemeinde zu hören, und überall, wo er es freiwillig oder vorschriftlich gethan, davon der Obervormundschaft Kenntniß zu geben. Ebenso wird dem Obervormundschaftsrichter das Recht einzuräumen sein, entweder direkt oder durch den Vormund die Aeußerung bestimmter Familienglieder einzuholen, ja in gewissen Fällen wird ihm sogar die Pflicht zu übertragen sein, dies, wenn es nicht schon vom Vormunde geschehen, zu veranlassen. Auf diese Art beantwortet sich die gestellte Frage also in ihrer Allgemeinheit dahin:

die Obervormundschaft soll dem Staate allein vorbehalten bleiben, aber die Familie und Gemeinde haben eine Mitwirkung, und zwar begutachtender Natur:

a) beim Vorschlage zum Vormunde, der nicht durch das Gesetz bedingt ist,

b) durch Abgabe ihrer Meinung bei der Erziehung und Vermögens-Verwaltung, so oft der Vormund oder Richter ihren Rath einholt, oder nach Vorschrift in besonders zu bezeichnenden Fällen einholen muß,

c) dadurch, daß der Vormund die eingeholte Meinung der Familie

Digitized by Google

resp. der Gemeinde dem Obervormundschaftsrichter vorlegen muß, dieser also sie zu prüfen hat und nur, unter ihrer Berücksichtigung, seine entscheidende Genehmigung ausspricht.

Es wäre hierbei nur noch darauf Bezug zu nehmen, inwieweit andere Ansichten darüber aufgestellt und begründet worden, aber zu verwerfen sind, und wie die Zuziehung der Familie resp. der Gemeinde im angedeuteten Sinne auf die einfachste und zweckmäßigste Art Seitens des Vormundes zu ermöglichen ist?

Als allgemein anerkannt darf man annehmen, wie wir es bei der Beantwortung der gestellten Frage auch gethan, daß es zweckmäßig ist, der Familie ein Vorschlagsrecht in Betreff des zu wählenden Vormundes, mag derselbe nun aus dem Verwandtenkreise benannt werden oder nicht, gesetzlich einzuräumen, und zwar nach der Nähe des Grades der Verwandtschaft, aber nur soweit, daß der Vormundschaftsrichter prüft und den Angenommenen dann zum Vormund verpflichtet. Daß der von dem Erblasser Vorgeschlagene vorzugsweise zum Vormund angenommen werden muß, falls nicht ganz besondere Gründe denselben ungeeignet erscheinen lassen, haben wir als etwas Unbestrittenes nicht weiter in besondere Erwägung gezogen, sondern setzen dies als selbstverständlich voraus. Was im Uebrigen die Zuziehung der Familie anlangt, so wird in erster Reihe der Familienrath, wie ihn das französische Recht kennt, und wie er im Bezirke des Appellationsgerichts zu Cöln besteht, zu nennen sein. Er bildet ein beschließendes und verwaltendes Kollegium, gebildet aus dem Friedensrichter (Einzelrichter) als Vorsitzenden und der Regel nach sechs Mitgliedern aus den Verwandten, je halb väterlicher- und mütterlicherseits, und den Schwägern des Mündels, die in der Gemeinde selbst oder in deren Umkreise von $2^1/_2$ Meilen wohnen; wenn diese nicht hinreichen, aus den entfernter wohnenden Verwandten oder den in der Gemeinde wohnenden Freunden der Eltern des Mündels. Die großjährigen Brüder des Pflegebefohlenen sind als Familienrathsmitglieder der Zahl nach nicht beschränkt. Dieser Familienrath ernennt die Vormünder in Ermanglung gesetzlicher oder elterlicher Berufung und setzt dieselben ab, stellt die allgemeinen Grundsätze über die Erziehung des Pflegebefohlenen, sowie über die Vermögensverwaltung fest, ertheilt die Genehmigung zur Vornahme der dem Vormunde und Gegenvormunde (der neben dem Vormunde zur Aufsicht und Kontrole bestellt ist) nicht selbständig überlassenen vormundschaftlichen Geschäfte, erklärt den Pflegebefohlenen unter gewissen Voraussetzungen für mündig und ertheilt die Erlaubniß zu dessen Verheirathung. Dieser französische Familienrath hat also als Regel die obervormundschaftlichen Gewalten, welche nach preußischem und gemeinem Rechte dem Vormundschaftsgericht zugewiesen sind. Denn daß die Landgerichte als

Digitized by Google

Kollegialgerichte erster Instanz die wichtigsten Beschlüsse des Familienraths, insbesondere diejenigen über den Verkauf und die Verpfändung von Grundstücken, über die Aufnahme von Darlehnen und freiwilligen Theilungen, zu bestätigen haben, ist als gesetzliche Ausnahme von der Regel anzusehen. Die staatliche Obervormundschaft zeigt sich darnach nur in dem allgemeinen Oberaufsichtsrecht des Staates über den Vormund und Gegenvormund und darin, daß sein Organ, der Friedensrichter, Vorsitzender des Familienraths mit Stimmberechtigung ist. Nach französischem Rechte bedingt also jede Vormundschaft

1) einen Vormund,
2) einen Gegenvormund,
3) einen Familienrath aus 6 Mitgliedern als Kollegium,
4) einen Einzel- (Friedens-) Richter als Vorsitzenden des Familienraths,
5) ein Landgerichtskollegium behufs Bestätigung wichtiger Beschlüsse des Familienrathes,

also einen Personen-, Zeit- und Kostenaufwand, der in den meisten Fällen nicht im Verhältniß zu der Bedeutung der Vormundschaft stehen wird, einen höchst komplizirten weitläufigen Apparat erfordert und in der Praxis sich in einfache Vormundschaftsverwaltung durch Vormund resp. Gegenvormund, unter Ueberwachung durch den Friedensrichter, auflöst, so daß der Familienrath sich mehr oder minder als lästige leere Staffage herausstellt. Welche große Belästigung für das Publikum eintritt, wenn man dieses Institut in Deutschland eintreten lassen wollte, ergiebt folgendes Beispiel:

Beim Stadtgericht Berlin schwebten am 1. Dezember 1873: 42,807 Vormundschaften und Kuratelen mit etwa 100,000 Pflegebefohlenen. Es würden also erfordert werden: 42,807 Vormünder, ebensoviele Gegenvormünder, 6 mal mehr, also 256,842 Familienrathsmitglieder ohne die vorsitzenden Einzelrichter, mithin 342,456 Menschen zu Vormündern, Gegenvormündern und Familienrathsmitgliedern, allein in Berlin!

Daß diese französische Einrichtung des Familienraths unter den Rheinischen Juristen Vertheidiger gefunden hat, beweist für die Trefflichkeit derselben nichts. Denn einmal ist die Macht der Gewohnheit bewältigend, und sodann ist es bekanntlich den Meisten lieber, mit einem weniger guten Gesetze vertraut zu sein und durch die Praxis der Anwendung gelernt zu haben, die etwanigen Klippen zu umschiffen, als ein neues, wenn auch besseres, in Gebrauch nehmen zu müssen, was auf längere Zeit Unsicherheit in der Anwendung und Ungewißheit über die Vorzüge mit sich bringt. Dagegen hat sich die ganze neuere Gesetzgebung nicht dafür ausgesprochen und sind die Mängel dieses französischen Familienrathes in den „Erläuterungen zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen", der jetzt dem preußi-

Digitized by Google

schen Abgeordnetenhause zur Berathung vorliegt und bestimmt ist, dereinst wo möglich ein gemeinsames deutsches Gesetz zu werden, S. 40 ff. so stichhaltig hervorgehoben, daß darauf füglich Bezug genommen werden kann. Nicht minder sind die Schwächen des französischen Familienrathes in Pens. VII. des Ges. Rev. „Vorerinnerung" S. 36 u. 37 dahin präcisirt: der ganze Familienrath könne von einem verschmitzten Mitgliede irre geleitet werden, die Handlungen des Familienraths gewährten keine hinlängliche Garantie und könne derselbe den Vormund garnicht kontroliren. Mit kurzen Worten sollen die Mängel, wie folgt, zusammengefaßt werden:

1. Die Zusammensetzung des Familienraths aus 6 Mitgliedern erschwert den Zusammentritt, zumal bei schleunigen Maßnahmen, und giebt keine Garantie für zweckmäßige Beschlüsse, da die Mitglieder nicht nach der Befähigung, sondern nach der Nähe des Grades der Verwandtschaft berufen werden; dies ist aber umsomehr zu betonen, als der Familienrath nicht begutachtet, sondern maßgebend beschließt;
2. die Zulassung von Bevollmächtigten, mehr aber noch von Fremden als „Familienfreunden", zu Mitgliedern des Familienrathes durchbricht den Boden, auf dem das ganze Institut beruht, die Zusammengehörigkeit und verwandtschaftliche Zuneigung unter den Mitgliedern einer Familie, die so schon sehr oft höchst problematischer Natur ist;
3. durch diese französische Einrichtung wird diejenige Einfachheit und Uebersichtlichkeit gefährdet, welche für jede Verwaltung, namentlich die an Stelle der väterlichen Gewalt tretende, unbedingt nothwendig ist, ja es wird überhaupt fraglich, wo sich eigentlich darnach die Obervormundschaft befindet; deshalb ist auch allgemein dieser französische Familienrath in neueren Gesetzgebungen nicht aufgenommen worden.

Im Uebrigen ist in neuerer Zeit, in Uebereinstimmung mit den neueren Landesgesetzgebungen, sowie auch mit den älteren z. B. dem preußischen Allgemeinen Land-Recht, in denen überall ein gutachtliches Zuziehen der Familie gekannt ist, behufs einer Reform des Vormundschaftswesens, das gewiß berechtigte Verlangen ausgesprochen, die Familie mehr heranzuziehen und von ihr bei passend scheinender Gelegenheit, sowie in bestimmten Fällen, eine gutachtliche Aeußerung einzuholen. Wir sind nun dabei der Meinung, daß sowohl der Vormund als der Obervormund das Recht haben müssen, derartigen Rath zu verlangen, wo ihnen das Gesetz nicht die Pflicht dazu auferlegt, ohne an eine bestimmte Zahl, noch an einen bestimmten Grad der Verwandten gebunden zu sein. Diese Freiheit billigt auch der bereits erwähnte preußische Entwurf eines neuen Gesetzes über das Vormundschafts-

Digitized by Google

wesen „Erläuterungen“ S. 43 zu. Er legt indeß die Entscheidung der Frage: ob ein solches Gutachten einzuholen ist? lediglich in das Ermessen des Vormundschaftsrichters (Seite 40, 2. Alinea), während es uns förderlicher erscheint, den Vormund mit dem Recht, ein solches Verlangen zu stellen, auszustatten, der alsdann dieses eingeholte Gutachten mit seiner darauf gegründeten Entschließung, im Verein mit dem Gegenvormunde, wo ein solcher bestellt ist, dem Vormundschaftsrichter zur Bestätigung zu unterbreiten hat. Ein Mißbrauch Seitens des Vormundes, der von vornherein nicht anzunehmen ist, würde leicht zu beseitigen sein, wenn die Familienglieder ihr Gutachten verweigerten und auf Ermessen des Vormundschaftsrichters dadurch provozirten, ist aber wohl kaum zu besorgen.

Was die Form der qu. Gutachten anlangt, so sind wir mit dem neuesten preußischen Gesetzentwurfe, Erläuterungen S. 44, dahin ganz einverstanden, daß es dem Richter überlassen bleiben muß, ob ihm Korrespondenz genügt oder protokollarische Vernehmung zweckmäßig erscheint. Dagegen können wir dem in diesem Entwurfe vorgeschlagenen, nach Art der Züricher „Familienbevogtigung“ gebildeten „Familienrathe“, der mit dem französischen allerdings die Mängel nicht theilt, sowie er mit diesem überhaupt eigentlich nichts Gleiches hat, nicht beipflichten. Dieser Familienrath soll in den, in dem Entwurf augegebenen, gesetzlich zuläßigen Fällen, (§§ 64—72), an Stelle des Vormundschaftsrichters treten, also die Aufsicht über die Führung der Vormundschaft haben, ohne unmittelbar bei der Verwaltung selbst mitzuwirken. Er soll mit anderen Worten die dem Staate zukommenden obervormundschaftlichen Gewalten übertragen erhalten. Eine Mitwirkung des Vormundschaftsrichters soll nach Anhörung des Familienrathes nur dann ausnahmsweise eintreten, wenn die Mitglieder des Familienrathes unter sich die für einen Beschluß erforderliche Mehrheit der Stimmen nicht finden können, und, wenn Akte von rein obrigkeitlichem Charakter, wie Bestrafung, Entlassung, Entsetzung oder Neubestellung eines Vormundes oder Familienrathsmitgliedes, vorzunehmen sind. Nur ausnahmsweise, für einzelne Fälle der Vormundschaft, wo besonders schwierige Verwaltungen dies erforderlich erscheinen lassen, z. B. bei großem Grundbesitz, bei Fabrik- und Handlungs-Verwaltungen ꝛc., soll, im Interesse des Pflegebefohlenen, auf Anordnung des Vaters oder auf Antrag des Vormundes und Gegenvormundes, aus drei verwandten oder verschwägerten, zur Führung der Vormundschaft über den Pflegebefohlenen gesetzlich fähigen, Personen, ohne daß diese zum Eintritt in diese Funktion verpflichtet sind, dieser Familienrath gebildet werden. § 64 ff. S. 13.

Wenn wir auch gegen die Zusammensetzung dieses Familienrathes an sich etwas weiteres hier nicht anführen wollen, wenn man ihn überhaupt will,

Digitized by Google

so müssen wir uns gegen dieses ganze Institut aussprechen, abgesehen davon, daß ein Vormundschaftsrichter sehr leicht Gelegenheit nehmen kann, um sich die ganze Obervormundschaft mit ihrer ganzen Verantwortlichkeit abzuwälzen, den Vormund und den Gegenvormund zu bestimmen, einen Familienrath zu beantragen, oder aber umgekehrt die Vormünder auch leicht einen Familienrath beantragen und durchsetzen können, um der gewissenhaften Aufsicht des Richters zu entgehen und einer vielleicht illusorischen des Familienrathes unterstellt zu werden. Unseres Erachtens darf an dem Gesetzeswort: dem Vormundschaftsrichter steht die Obervormundschaft, und zwar allein, als dem Organe des Staates zu, nicht gerüttelt werden. Dies geschieht aber, wenn man einen Familienrath an Stelle des Vormundschaftsrichters für zulässig erklärt. Dazu kommt noch, daß in der Regel dem Familienrath die juridische Kenntniß, die dem Vormundschaftsrichter innewohnen muß und soll, fehlt, und demgemäß der Familienrath sich erst durch weitläufiges und kostspieliges Wenden an einen Rechtsanwalt dieselbe verschaffen muß. Dies allein würde uns schon zur Verwerfung eines solchen Kollegiums führen, da man allgemein darüber einverstanden ist, daß dem „Obervormund", der die Aufsicht zu führen hat, juridische Kenntnisse beiwohnen sollen. Aber es kommt noch dazu, daß wir einen solchen Familienrath für den gedachten Zweck gar nicht für entsprechend halten. Zweck ist, dem Familienrath statt des Vormundschaftsrichters die Aufsicht über Vormund und Gegenvormund zu übertragen (Erläuterungen S. 45), wenn z. B. Vermögen des Pflegebefohlenen in Frage steht, bei dessen Verwaltung besondere, dem Richter nicht beiwohnende technische Kenntnisse erforderlich sind, und eine freiere Bewegung gestattet werden muß, z. B. bei der Bewirthschaftung großen Grundbesitzes, der Verwaltung einer großen Fabrik, der Fortführung einer beträchtlichen kaufmännischen Handlung, der Theilnahme an einer Handelsgesellschaft. Wenn man nun auch wirklich annehmen wollte, daß zur „Beaufsichtigung" derartiger, durch andere dazu Befähigte geführter, Verwaltungen dem Richter die nöthigen „technischen" Kenntnisse abgehen sollten, was von vornherein wohl kaum angenommen werden kann, da ein Richter doch wenigstens so viel Kenntniß haben muß, wie jeder andere praktisch durch Studium und Leben gegangene gebildete Mensch, wie ein „guter Hausvater", dem nicht die Führung eines technischen Gewerbes übertragen werden soll: so bietet doch die Bildung des in Rede stehenden Familienrathes keineswegs die Garantie, daß dessen Mitglieder gerade Techniker für das qu. Geschäft sein werden. Im Gegentheil. In sehr vielen Fällen wird außerdem auch Vormund und Gegenvormund nichts von der Technik des qu. Geschäftes verstehen, und trotzdem können sie verzügliche Vormünder sein. Aber man wird ihnen

Digitized by Google

1. eine Befugniß einräumen müssen, wie wir es oben vorgeschlagen haben, Familienmitglieder zu Aeußerungen auffordern zu können: ob und wie ein solches qu. Geschäft fortzuführen sein wird, oder ob ein Verkauf ꝛc. zweckmäßiger erscheint, und
2. einen technischen Verwalter für das Geschäft zur Seite setzen müssen.

Beides sind Punkte, die sich bereits in der bestehenden Gesetzgebung vorfinden und bewährt haben, z. B. § 606, 607, 610, 615, 620, 624, 776 II. 18. Allgemeinen Landrechts. Wir haben oben bei der Frage: ob Einzelrichter, ob Kollegien zweckmäßiger seien, genügend erörtert, daß die möglichste Einfachheit und Uebersichtlichkeit eine Hauptsache für gute Führung einer Vormundschaft ist, und daß zwischen Vormund und Obervormund kein Faktor eingeschoben werden darf, endlich, daß der Obervormund beaufsichtigt, der Vormund aber verwaltet, und damit er dies könne, unter Umständen ein Gutachten, ein guter Rath passender und naheſtehender Verwandten oder Verschwägerten des Pflegebefohlenen einzuholen sei. Selbstverständlich muß er für große Geschäfte, die für den Pflegebefohlenen fortzuführen sind, und die der Vormund schon des Zeitverlustes wegen nicht selbst führen kann, technische Beamten zugewiesen erhalten resp. anstellen. Ebenso würde es nie dem Richter verwehrt werden können, wenn er es für nöthig hält, bei seiner Oberaufsicht sich ein technisches Gutachten einzuholen. Dies wird aber für die Sache auch vollkommen genügen. Kurz, die dafür, nämlich für diesen Familienrath des preußischen Vormundschaftsgesetzentwurfs, geltend gemachten Gründe sind nicht zutreffend. Ja, sie verletzten sogar das theoretisch gewiß richtige Prinzip: daß die Sorge für die Person des Pflegebefohlenen der für das Vermögen vorgehen müsse, insofern sie für letztere allein den Familienrath für nöthig erklären, für erstere aber nicht. Hierin ist die französische Gesetzgebung konsequenter, ja konsequent bis zum Exceß. Denn sie verlangt den Familienrath stets, sogar wenn keine Familie da ist, gebildet aus Familienfreunden oder event. aus anderen Bürgern. Was soll also dieser Familienrath des preußischen Vormundschaftsgesetzentwurfs? Für uns ist er nicht annehmbar. Für wie schwer ausführbar der Gesetzvorschlag selbst seinen Familienrath hält, ergeben die „Erläuterungen" dazu S. 87, wo es heißt:

> „Da in vielen Fällen die Mitglieder des Familienraths an verschiedenen Orten wohnen, so kann, wenn es sich um Fassung von Beschlüssen handelt, weder das persönliche Zusammentreten Aller an ein und demselben Orte, noch eine mündliche Abstimmung verlangt werden; vielmehr muß es genügen, einen durch die Stimmenmehrheit der vorhandenen Mitglieder gefaßten Beschluß maßgebend sein zu lassen, mögen sich auch an dem Beschlusse nicht sämmtliche Mitglieder betheiligt haben, und mögen sie sämmtlich oder zum

Digitized by Google

Theil schriftlich abgestimmt haben. Zwar ist als Regel aufzustellen, daß allen Mitgliedern Gelegenheit zu geben sei, sich an der Beschlußfassung zu betheiligen; es kann aber, um die Wirksamkeit des Instituts nach außen nicht allzusehr zu beengen, an versäumte Konvokation Aller die Ungiltigkeit des Beschlusses nicht geknüpft werden. Deshalb wird im Sinne des Entwurfes durch die Unterschrift der Majorität der vorhandenen Mitglieder, gleichviel ob sie alle geladen sind und alle gestimmt haben oder nicht, ein giltiger Beschluß nachgewiesen. Inwieweit der Familienrath über das Zustandekommen seiner Beschlüsse Beurkundung eintreten lassen will, kann, abgesehen von den Fällen, in denen für das betreffende Geschäft die Beurkundung nöthig ist, ihm zu entscheiden anheimgestellt werden; nur ist dem Vormund zur Deckung seiner Verantwortlichkeit das Recht einzuräumen, schriftliche Beschlüsse zu verlangen."

Nur beiläufig bemerkt sei hier, daß das Berliner Stadtgericht, Abtheilung für Vormundschaftssachen, sich in dem gutachtlichen Berichte vom 2. Mai 1870 einstimmig gegen den Familienrath des Entwurfes ausgesprochen hat. Die übrigen etwanigen Vorschläge, der Familie eine größere Einwirkung bei der Führung der Vormundschaft zu sichern, beschränken sich eigentlich lediglich auf den Wunsch, daß dies bei einer Reform des Vormundschaftswesens geschehen möge, oder lehnen sich an den französischen „Familienrath" an. Wir können daher diese Frage verlassen und wiederholen, daß unseres Erachtens es völlig genügt, wenn dem Vormund und Obervormund die Befugniß beigelegt und die Pflicht auferlegt wird, in selbst dafür gehaltenen oder besonders zu bezeichnenden wichtigen Fällen die Familie zu hören, und überall, wo es freiwillig oder vorschriftlich geschehen, dem Obervormund resp. anderen Vormund Kenntniß zu geben. Die Stellung des Vormundes verliert dann an ihrer Selbständigkeit nichts, wird dem Obervormund gegenüber nicht alterirt, sondern rein erhalten, und es wird für das Interesse des Pflegebefohlenen genügend gesorgt, insofern diesem am nächsten stehende Personen mit ihrem individuellen und praktischen Rathe in bestimmten Fällen gehört werden müssen, und dieser Rath vom Vormund sowie vom Obervormund in Erwägung genommen werden muß.

Eine andere Stellung als der Familie, — in deren Ermangelung — der Gemeinde, welcher der Pflegebefohlene angehört, einzuräumen, kann ein Grund nicht gefunden werden. Denn für den Pflegebefohlenen kommt, neben dem staatlichen Schutz, in erster Reihe die Familie und dann erst in zweiter Reihe die Gemeinde. Letztere kann daher schon von selbst keine andere Stellung verlangen, als die Familie eingeräumt erhalten hat. Auch hier können wir daher dem Vormunde nur das Recht und in bestimmten

Digitized by Google

Fällen die Pflicht zusprechen, statt der Familie, und zwar bezüglich der Sorge für die Person des Pflegebefohlenen allein, von der Gemeinde einen gutachtlichen Rath einzuholen. Es fragt sich nur, wer dabei zweckmäßig die Gemeinde vertreten soll?

Ehe wir diese Frage näher erörtern, wollen wir, um mißverständlichen Auffassungen von vornherein vorzubeugen, Folgendes vorausschicken. Die sehr einzeln aufgestellte Ansicht, es sei besser, die Vormundschaften den Gerichten ganz abzunehmen und den Gemeindebehörden oder, wie in Württemberg, besonderen Waisenämtern, denen Gerichtsnotarien als juridische Beistände zugewiesen sind, zu übertragen, hat mit der hier aufgestellten Frage nichts zu thun. Es würde aber an sich auch gar nichts bessern. Der Staat legte seine obervormundschaftliche Gewalt der Gemeinde auf und entlastete die Gerichte. Uebrigens aber würde die Sache nicht geändert, noch weniger gebessert, sondern möglicherweise gar dadurch verschlechtert. Der „Obervormund" wäre statt ein „Richter" dann ein „Stadtrath" oder „Rathmann". Das wäre der einzige Unterschied. Und nur in großen oder mittleren Städten würde sich dies überhaupt ordentlich machen lassen (cfr. Schimmelpfennig, Bemerkungen zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen, Behrends Zeitschrift 1872, VI., S. 316). Unsere ganze Erörterung geht, wie im Eingange vorausgeschickt worden, davon, als einem bereits anerkannten Standpunkte aus, daß dem Staate, und zwar dem Gericht die Obervormundschaft allein zukommt. Ebenso versteht es sich von selbst, daß die den Gemeinden im öffentlichen Interesse vom Staate auferlegten Pflichten, für Arme und Waisen zu sorgen, insofern den Pflegebefohlenen zu Gute kommen, als die Vormünder derselben in dieser Richtung bei den Gemeindebehörden ihre Anträge zu stellen und für deren Ernährung und Unterkommen, in Ermangelung anderer Hilfsmittel Seitens der dazu verpflichteten Gemeindebehörden zu sorgen haben. Dieser Punkt berührt die Armengesetzgebung und nur nebenbei etwa das Vormundschaftswesen. Hier handelt es sich nur darum, inwieweit der Vormund einen Beirath, statt aus der Familie, aus der Gemeinde sich verschaffen kann oder gar verschaffen muß? Es wird dies bei vermögenden Vormundschaften als Regel gar nicht vorkommen, dagegen bei unvermögenden Waisen, in großen Städten ganz besonders, wird dem Vormund Jemand zur Seite stehen müssen, der im Stande ist, die Pflege und Erziehung des Mündels genauer zu überwachen, als es regelmäßig dem Vormunde möglich sein wird. Denn selten ist oder bleibt der Vormund in der Nähe seines Pflegebefohlenen in Städten, wie z. B. Berlin, wohnhaft; er geht seinen Geschäften nach und beschränkt seine unmittelbare Thätigkeit im noch günstigen Falle auf Unterbringung des unbemittelten Waisen, Impfung und Revaccination allenfalls, Einschulung,

Digitized by Google

Konfirmation, wo sie nöthig ist, und Zuführung zu einem Handwerksmeister, oder bei Mädchen in einen Dienst. Uebrigens wartet er in der Regel ab, ob sein Mündel sich, weil es vielleicht eine Klage oder einen Wunsch hat, bei ihm meldet, da er der Meinung ist, daß „er seinem Mündel nicht nachzulaufen brauche", und kümmert sich zum größten Theile, wenn der Junge beim Meister oder sonst wo, und das Mädchen in einem Dienst oder Geschäft untergebracht ist, gar nicht mehr um sie, wenn sie sich nicht um ihn, den Vormund, kümmern. Vom 14. bis 21. Jahre sind diese Pflegebefohlenen also so gut wie ohne unmittelbare vormundschaftliche Aufsicht. Dazu tritt, daß ein solches Mündel selten Zeit und Gelegenheit hat, den vielleicht sehr weit wohnenden Vormund, um Hilfe zu begehren, aufzusuchen, ihn zu Hause und zur eingehenden Besprechung aufgelegt zu finden, und so geht es, mit trübem Herzen hingekommen, oft, sehr oft, mit noch schwererem Herzen und hilfloser wie je fort. So stellt sich die Sache nach der Praxis. Hier ist ein wunder Fleck. Dem muß abgeholfen werden. Und zwar durch ein Gemeindemitglied, das für einen ganz kleinen Kreis, je nach der Zahl der darin wohnenden bedürftigen Mündel, abgemessen, als darin selbstwohnend und dazu geeignet, dem Vormund ein Beirath oder Nebenvormund ist — (auf den Namen kommt es gar nicht an) — dessen Aufgabe darin besteht, die Pflege und Erziehung der in seinem Sprengel sich aufhaltenden Mündel genauer zu überwachen, als dies der Vormund kann, ohne diesem die Sorge für dieselben abzunehmen, von den Mündeln Anträge und Beschwerden entgegen zu nehmen und je nachdem dem Vormunde oder Obervormunde dieselben mitzutheilen, endlich dem Obervormunde Anzeige zu leisten, wenn er in Erfahrung bringt, daß der Vormund seine Pflicht entschieden vernachlässigt. Mit kurzen Worten würde hiernach seine Aufgabe darin bestehen: dem Vormunde und Obervormunde ein Vertrauensmann, ein Beirath zu sein, der ihnen mit Rath und That beisteht. Einen solchen Beirath aus der Gemeinde hat der neue preußische Vormundschaftsgesetzentwurf § 54—56 unter dem Titel „Gemeindewaisenrath" als ein Organ der „Obervormundschaft" aufgenommen und ihm zugleich das Vorschlagsrecht der als Vormünder zu berufenden Personen zugewiesen (cfr. „Erläuterungen" S. 36, 37, 77). Ersterem pflichten wir bei, Letzterem aber würden wir, wie hier bereits erwähnt werden soll, entgegentreten und es bei der in Berlin mit dem Magistrat, soviel bekannt, wohl auch sonst überall, wenigstens meist, mit den Gemeindebehörden vereinbarten Praxis belassen, wonach die Bezirksvorsteher in den Städten, auf dem platten Lande aber die Gemeindevorsteher (§ 22, Kreisordnung vom 13. Dezember 1872, Gesetz-Sammlung S. 661 ff.) dies Vorschlagsrecht ausüben. Die Stadtgegenden in Berlin sind von sehr verschiedenen Gesellschaftsklassen in der Mehrheit bewohnt, und sind einzelne

Digitized by Google

Theile mit der ärmeren Bewohnerschaft, dem sogenannten Proletariat, besonders bedacht. Dies sind vorzugsweise die Stätten für die armen, oft von Jugend auf den Keim der Verwahrlosung in sich tragenden Pflegebefohlenen ehelicher und außerehelicher Geburt. Soll nun der Gemeindewaisenrath dieser Gegenden allein für seinen Kreis, der nur klein an Umfang sein kann, aber zahlreich an dergleichen in Rede stehenden Mündeln sein wird, die Vormünder aus seinem Bezirke vorschlagen, so würde eine ungerechte Beschwerung der darin wohnenden, zu Vormündern tauglichen Personen unvermeidlich sein, während die seither geübte Praxis, in Berlin wenigstens, keine Beschwerde dieserhalb hat aufkommen lassen.

Uebrigens sind wir, wie erwähnt, mit diesem „Gemeindewaisenrath" einverstanden. Er ist für alle Verhältnisse lebensfähig und leicht in's Werk zu setzen. Für große Städte wie Berlin ꝛc. ist er dringend nothwendig, für kleinere Verhältnisse ohne Schwierigkeit, wenn auch nicht so unbedingt nöthig, doch nützlich. Nur würden wir seine Funktion in der von uns angegebenen Art erweitern. Nach dem Gesetzentwurfe hat derselbe

> „Mängel und Pflichtwidrigkeiten, welche er bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung der Pflegebefohlenen wahrnimmt, anzuzeigen, auch auf Erfordern über die Person der Pflegebefohlenen Auskunft zu geben."

Diese Auskunft soll die jetzt nach dem preußischen Allgemeinen Land-Recht jährlich von den Vormündern zu erstattenden Erziehungsberichte ersetzen.

Wir würden ihm außerdem, wie bereits weiter oben gedacht, noch aufgeben:

> von den, in seinem Sprengel sich aufhaltenden Mündeln Anträge und Beschwerden entgegenzunehmen und dieselben resp. dem Vormunde oder Obervormunde mitzutheilen;

und

> Pflichtvernachlässigungen der Vormünder dem Obervormunde anzuzeigen,

was allerdings in den Worten des Gesetzentwurfes bereits gefunden werden kann, und, wie S. 37 der „Erläuterungen" 2. Abschnitt ergiebt, auch darin liegen soll. (S. 48.)

Diese beiden Zusätze erscheinen z. B. für Berlin, wo gerade bei solchen verlassenen Mündeln sehr oft rohe, ja fast zweifelhafte, aber formell nicht unfähige, Individualitäten Vormünder werden, sehr nothwendig.

Diese Gemeindewaisenräthe würden darnach die stehende Funktion eines Gegenvormundes für einen bestimmten Bezirk bei unvermögenden Pflegebefohlenen, denen der qu. Gesetzentwurf keine Gegenvormünder zuordnet, übernehmen, und es würde dadurch zugleich das Prinzip gewahrt, daß ver-

Digitized by Google

mögende und unvermögende Mündel mit gleichem Maaße gemessen werden, so wie daß die Sorge für die Person derselben gleiche Garantie erhält, wie die für das Vermögen, wie das französische Gesetz, zum allgemeinen Beifall, solches anerkannt hat. Auch verfolgen die meisten neueren Gesetzgebungen dies Prinzip, z. B. Lübeck, Hamburg, Württemberg, Hohenzollern, Schweiz, Ehrenbreitstein, Weimar, Baden. (Erläuterungen S. 37.)

Wir wenden uns nun der dritten Frage zu:

III. Soll das Institut eines beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes überhaupt, für alle oder nur für einzelne Fälle, eingeführt werden?

Vorzugsweise eine Klage über das preußische Vormundschaftswesen verlautete insofern, als darnach selbst der Vormund wieder durch das Gericht bevormundet, und dadurch die Vermögensverwaltung schwerfällig werde. Daher forderte man ziemlich allgemein freiere Stellung der Vormünder. Da nun aber, die Richtigkeit der Klage bis zu einem gewissen Grade angenommen, die Sicherheit des Pflegebefohlenen und seines Vermögens, welche das Allgemeine Land-Recht in Preußen angestrebt, doch allein zu der sogenannten Bevormundung der Vormünder durch die Gerichte geführt hat, so muß, der befreiteren Stellung der Vormünder gegenüber, ein Gegengewicht gefunden werden, welches einen Ersatz für die dadurch an sich verminderte Sicherheit zu bieten geeignet ist. Und das hat man in der Einrichtung eines Gegenvormundes (Ehrenvormundes) zu finden geglaubt, die, ohne die Einfachheit der Verwaltung und Selbständigkeit des Vormundes zu gefährden, den letzteren unter eine stetige Kontrole bringt, die sich auch praktisch im französischen Rechte weiter gebildet und im Ganzen bewährt hat. Wir haben im preußischen Vormundschafts-Rechte dasselbe in dem Ehrenvormunde, § 120, Theil II. Titel 18 des Allgemeinen Landrechts, der keine wirkliche Theilnahme an der Verwaltung, sondern die Aufsicht über die verwaltenden Vormünder hat. Verkennen läßt sich nicht, daß es im Allgemeinen schon schwer hält, wirklich tüchtige Vormünder zu finden, und daß es daher noch schwieriger erscheinen muß, außerdem auch noch tüchtige Gegenvormünder auszusuchen. Wenn man daher auch das Institut des Gegenvormundes an sich als ein zweckmäßiges anerkennen muß, so ist dasselbe doch auf der andern Seite möglichst zu beschränken und zwar auf diejenigen Fälle, in denen es in der That der Sicherheit halber nicht füglich entbehrt werden kann. Das ist also nur in den dazu geeignet erscheinenden Fällen wirklicher Vermögensverwaltung. Denn in Betreff der Sorge für die Person des Pflegebefohlenen, der mittellos ist, genügt der Gemeindewaisenrath, unter Umständen nebenbei auch noch der Beirath der Familie, wie oben das Nähere dargethan ist. Daß es aber möglich sein wird, mindestens sein muß, die nöthigen Gegenvormünder

Digitized by Google

zu finden, ergiebt folgendes ſtatiſtiſche Beiſpiel aus Berlin. Beim Stadtgericht Berlin waren am 1. Dezember 1873 an kurrenten Vormundſchaften und Kuratelen 42,807 vorhanden. Davon ſind aber nicht mehr als — 8,853 mit Depoſitalvermögens-Verwaltung verbunden, die nicht einmal alle einen Gegenvormund bedingen würden; alſo kaum etwa $^1/_5$ aller Vormundſchaften und Kuratelen würde höchſtens einen Gegenvormund brauchen, die übrigen können als nicht mit wirklicher Vermögensverwaltung verbunden in dieſem Sinne bezeichnet werden. Zweckmäßig erſcheint es daher auch, die Frage: ob ein Gegenvormund erforderlich iſt, nicht von einer beſtimmten Vermögensſumme abhängig zu machen, ſondern, wie der Entwurf das auch will, dem Urtheil des Vormundſchaftsrichters anheim zu geben, da die Fälle bei gleicher Vermögensmaſſe faktiſch gar zu verſchieden liegen können. Durch Beſtellung eines ſolchen Gegenvormundes wird die Sicherheit des Pflegebefohlenen beträchtlich erhöht und die Frage: ob wegen beſonders complicirter und weitläufiger Vermögens-Verwaltung, ſtatt eines, mehrere Vormünder zu ernennen ſeien, die ſich in die verſchiedenen Zweige der Verwaltung theilen, nicht berührt, reſp. die Bejahung dieſer Frage nicht ausgeſchloſſen. Wollte man aber, wie im franzöſiſchen Rechtsgebiete, für jede Vormundſchaft (und Kuratel) einen Gegenvormund ernennen, ſo würden, ſtatt rund 8000 Gegenvormünder in Berlin, deren 42,000 gebraucht werden, und zwar, wie wir oben nachgewieſen, ohne eigentlichen, mindeſtens ohne zwingenden Grund. Nicht unerwähnt darf freilich bleiben, daß eine derartige Beaufſichtigung durch einen zum Gegenvormund beſtellten Privatmann, dem Vormunde gegenüber, namentlich, wenn derſelbe eine ſolche Aufſicht braucht, etwas ſehr Fatales und Schwieriges hat. Fatal iſt es an ſich ſchon, einem Mitbürger gegenüber, der ein ſchweres Ehrenamt pflichttreu verwaltet, ein immerhin Mißtrauen athmendes Aufſichtsrecht ausüben zu müſſen, und im hohen Grade ſchwierig iſt es, daſſelbe einem treuloſen, ränkeſüchtigen Vormunde gegenüber rechtzeitig und mit Erfolg geltend zu machen. Indeß will man einmal freiere, vom Richter unabhängigere, Vermögensverwaltung durch den Vormund, ſo iſt der Gegenvormund die einzige, neben einer etwaigen Kaution, zu ſchaffende Sicherheit. Denn die Beſtellung mehrerer verwaltender, und ſich gegenſeitig beaufſichtigender Vormünder *als Regel* würde weniger zweckmäßig ſein, inſofern dabei weit weniger Einfachheit, Ueberſichtlichkeit und Einheit in der Leitung und Verwaltung der Vormundſchaft erzielt würde. Wir können uns demnach, die jetzt geltende Spezialaufſicht nach preußiſchem Rechte Seitens des Vormundſchafts-Gerichts als beſeitigt vorausgeſetzt, nur dahin ausſprechen:

> das Inſtitut eines beaufſichtigenden Gegenvormundes überhaupt iſt einzuführen, aber nicht für alle, ſondern nur für einzelne, mit wirklicher Vermögensverwaltung verbundene, vom Obervormund als ſolche,

Digitized by Google

aus freien Stücken oder auf Antrag von irgend einer betheiligten Seite, anerkannte Fälle. (§§ 27, 32, 33, 35. Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen, Erläuterungen S. 48—51.)

Damit haben sich auch, neben den Gesetzgebungen sowohl älterer als neuerer Zeit, namentlich die Kritiker des neuen preußischen Entwurfs eines Gesetzes für das Vormundschaftswesen, im Ganzen einverstanden erklärt (cfr. Kurlbaum, Bemerkungen, Seite 4, 13—16, Philler, der Entwurf ꝛc. in Behrends Zeitschrift, IV. Seite 331, 333, Schimmelpfennig, Bemerkungen zu dem Entwurf ꝛc. in Behrends Zeitschrift, VI. Seite 325; wogegen Märcker in Behrends Zeitschrift IV. Seite 311 es vorziehen würde, statt Vormund und Gegenvormund, in den dazu geeignet befundenen Fällen, gleich von vornherein zwei Vormünder mit gleicher Verantwortlichkeit zu bestellen).

IV. Empfiehlt sich die Beibehaltung der Depositalverwaltung für Mündelgelder? und welche Grundsätze rechtfertigen sich hinsichtlich der Kautionsbestellung der Vormünder?

Das preußische Landrecht gewährleistet dem Pflegebefohlenen die höchstmögliche Sicherheit, insofern dessen Vormund verpflichtet ist, alle Werthobjekte und baare Gelder zum gerichtlichen Depositum abzuliefern, und selbst nach Verhältniß desjenigen Theils des Vermögens und der Einkünfte, welchen er, der Vormund, von Zeit zu Zeit in Händen behält, Kaution zu bestellen hat, §§ 424, 436, 449, 450, 454, 492, 494, 496, 499, Theil II. Titel 18 des Allgemeinen Landrechts.

Da hiernach eigentlich die Verwaltung in den Händen des Vormundschaftsgerichts und nicht in denen des Vormundes liegt, ein Punkt, dem die gegenwärtige Strömung der allgemeinen Rechtsanschauung, dem Prinzip nach mit Recht entgegenarbeitet, so bedurfte es einer förmlich organisirten gerichtlichen Verwaltungsbehörde und einer, mit Gesetzeskraft versehenen, Instruktion für dieselbe. Erstere bilden die Pupillen-Depositorien der Gerichte und letztere die, 1783 emanirte, Allgemeine Deposital-Ordnung. Dieses vortreffliche Werk wurde unter Verhältnissen Gesetz, die weder in staatlicher, noch socialer, noch wirthschaftlicher Beziehung mit der Gegenwart übereinstimmen. Trotzdem besteht es, im großen Ganzen unverändert, mit Auszeichnung noch jetzt zum Schutz und Segen der ihm unterworfenen Pflegebefohlenen fort. Es handelt sich aber jetzt nicht mehr darum, diese Deposital-Ordnung da, wo sie gilt und eingeführt ist, fortbestehen zu lassen, sondern darum: dieselbe, event. in welcher Veränderung, allgemein in den Staaten des Königreichs Preußen und wo möglich in ganz Deutschland, da, wo sie nicht gilt, neu einzuführen? Und diese Frage: ob dies geschehen solle? wird im Sinne der Gegenwart zu verneinen sein. Nach den vorangegangenen Auseinandersetzungen haben wir als festgestellt erachtet, daß, wie überhaupt mit der Ausbildung des

Digitized by Google

Konstitutionalismus in Deutschland der Geschmack an neuen Gesetzen gewonnen zu haben scheint, besonders ein laut gewordener Wunsch auf ein gemeinsames Gesetz über das Vormundschaftswesen gerichtet ist, und ebenso laut wie allgemein ist eine Forderung für dasselbe an die Spitze gestellt: freiere, von den Gerichten unabhängigere Stellung der Vormünder, namentlich in Beziehung auf die Verwaltung des Vermögens. Diesem fast allgemeinen Verlangen gegenüber muß die durch die Depositat-Ordnung gewährleistete Sicherheit des Mündelvermögens, welches nicht das Gericht, sondern der Vormund zu verwalten hat, geopfert und durch andere Einrichtungen ersetzt werden. In dieser Beziehung sind wir bereits für das Institut des Gegenvormundes eingetreten und haben den Beirath der Familie in genaue Erwägung genommen. Wir haben die Erfahrung aus dem rheinischen Theile Preußens, in dem das französische Recht gilt, so wie aus den Gebieten des gemeinen Rechts, daß dort besondere Klagen über Gefährdung der Mündelvermögen, trotzdem keine Depositat-Verwaltung existirt, nicht vernommen worden sind, ferner die Erfahrung für uns, daß sich die ganz befreiten Vormundschaften in den alten Provinzen Preußens, wo das Allgemeine Landrecht gilt, in denen die Vormünder ohne Aufsicht das Mündelvermögen verwalten, im Allgemeinen, bis auf wenige bekannt gewordene Veruntreuungen (z. B. von den Vormündern Hufeland, Fricke ꝛc. in Berlin) bewährt haben, und nehmen daher auch keinen Anstand, für den Gewinn eines gemeinsamen (deutschen) Vormundschaftsgesetzes unsere alte bewährte Depositat-Ordnung hinzugeben, wenn wir auch nicht verkennen, daß bei der in Preußen gekannten, vom Erblasser angeordneten, befreiten Vormundschaft vom Erblasser besonders qualifizirte und vertrauenswürdige Personen zu Vormündern ausgesucht werden, und daß in den westlichen Theilen Deutschlands eine andere, geschäftsgewandtere, reichere Bevölkerung im großen Ganzen und daher auch andere Verhältnisse sowie Anschauungen, als im Osten, sich vorfinden. Indeß ist die Kultur allgemein bereits soweit vorgeschritten und wird, mit den täglich wachsenden Bildungs- und Kommunikationsmitteln, immer schneller und sicherer soweit vorschreiten, daß eine gemeinsame Gesetzgebung, die für ganz Deutschland paßt, nicht nur möglich, sondern segensreich, ja nothwendig wird. Wir zweifeln daher nicht, daß, unter der Oberaufsicht tüchtiger Vormundschaftsrichter, auch ohne Depositat-Ordnung, das Vermögen der Pflegebefohlenen durch die Vormünder, gut und sicher verwaltet werden wird, mindestens kann. Die natürlichste Garantie gegen etwanige Untreue oder Nachlässigkeit der Vormünder würde in Bestellung verhältnißmäßiger Kaution Seitens derselben zu finden sein. Diese würde aber mit dem Prinzip, daß man schwerwiegende Ehrenämter, wie die der Vormünder, möglichst vertrauensvoll behandeln und möglichst erleichtern muß, kollidiren; ja durch eine Kautions-

Digitized by Google

bestellung wird der Vormund sogar in der freien Verfügung über sein eigenes Vermögen beschränkt, also eigentlich so gut wie an seinem Vermögen beschädigt, und kann die Kautionsbestellung darnach nicht als Regel aufgestellt, sondern nur als Ausnahme für gewisse Fälle dem Urtheile des einsichtsvollen Vormundschaftsrichters anheimgegeben und resp. zulässig erklärt werden (§ 61, 62, Entwurf ꝛc.). So hat sich auch die Praxis und die neuere Gesetzgebung gestaltet, wie sehr übersichtlich und dabei erschöpfend Seite 80—83 der „Erläuterungen" zu dem preußischen Entwurf des neuen Vormundschaftsgesetzes ausgeführt ist; es kann daher füglich, der Kürze halber, darauf Bezug genommen werden. Hat sich aber, trotz der verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen darüber, in Deutschland die Praxis in Betreff dieser schwierigen Kautionsfrage entschieden und allgemein so herausgebildet, so darf man darin einen Ausdruck eines klaren Rechtsbewußtseins finden und der Praxis Seitens der Gesetzgebung auf diesem Wege folgen. Um aber doch bei mangelnder Sicherheitsbestellung in Betreff der Substanz des Mündelvermögens dem Vormunde eine Beschränkung zu Gunsten seines Pflegebefohlenen aufzuerlegen, hat der neue Entwurf § 63 l. c. vorgeschlagen, dem Vormundschaftsrichter die Befugniß beizulegen, Werthpapiere des Mündels, die auf den Inhaber lauten oder an den Inhaber gezahlt werden können, sowie Kostbarkeiten in Verwahrung zu nehmen oder deren Verwahrung bei einer dazu bestimmten Behörde oder Kasse anzuordnen. Wir sind durchaus nicht dafür, wenn man einmal die Deposital-Verwaltung von den Gerichten wegnimmt, ihnen eine Verwahrung zu lassen, die an sicherem Lokal und an Sicherheit der dazu bestimmten Beamten nebst den nöthigen Kontrolen ein wenig geringeres Material erfordern würde, als jetzt zu der vollen Depositat-Verwaltung erforderlich ist. Dagegen halten wir eine vom Richter anzuordnende Verwahrung bei einer anderen dazu bestimmten Behörde oder Kasse, außerhalb des Gerichts, z. B. den Bankagenturen, Steuerkassen ꝛc., allerdings in Betreff der Sicherheit für zweckmäßig, würden es aber vorziehen, schon um eine Verschiedenheit der Handhabung durch die Einzelrichter zu verringern, im Gesetze bereits den Vormund zu verpflichten, derartige Werthobjekte sofort bei der Bank oder den genau zu bezeichnenden königlichen Kassen zur Verwahrung niederzulegen*), und, daß dies geschehen, dem Gegenvormunde sowie dem Vormundschaftsrichter nachzuweisen. Auch erscheint es durchaus geboten, um die durch Deposition zu erzielende Sicherheit nicht illusorisch zu machen, die Herausgabe der Depositen nie allein an den Vormund, sondern entweder zugleich an den Gegenvormund, oder wenigstens unter rechtzeitiger Kenntnißgabe an diesen, zu gestatten, und den

*) Dieser Ansicht ist auch Märcker a. a. O. in Behrends Zeitschrift IV., S. 311, und Phillet ebenda IV., S. 335.

Digitized by Google

Vormund durch das Gesetz, wenn auch nicht in dem Maße, wie die preußische Deposital-Ordnung, im Ankauf von lettres au porteur oder Industriepapieren so weit zu beschränken, daß er sogenannte Spekulationspapiere nicht für Rechnung der Pflegebefohlenen kaufen darf. Die Erfahrung des letzten Jahres hat eklatant bewiesen, wie viele achtungswerthe Leute bei aller Sorgfalt, die sie als ordentliche Hausväter für ihre eigenen Angelegenheiten verwendet haben, durch falsche Rathschläge, die bona fide entgegengenommen worden, an ihrem Vermögen empfindlich geschädigt worden sind. Es ist daher unbedingt geboten, die Gattungen der börsenfähigen Papiere, die zur Anlegung von Mündelvermögen dienen dürfen, gesetzlich zu bezeichnen. Dies geht auch sehr gut, sowie es bis jetzt ohne Schwierigkeit gegangen ist, und ist unseres Erachtens eine Pflicht des Staates zum Besten der Pflegebefohlenen. Das Verzeichniß wird zweckmäßig, mindestens einmal jährlich, im deutschen Reichsanzeiger, vermindert oder vermehrt, je nachdem, jedenfalls aber stets vollständig und genau öffentlich zur Kenntniß gebracht. Allen diesen Beschränkungen wird ein redlicher Vormund sich schon in seinem eigenen Interesse gern unterworfen sehen und wird in jeder Weise bestrebt sein, die Aufsicht über seine Verwaltung zu fördern, um daraus eine Deckung gegen ein etwaniges Versehen seinerseits selbst zu gewinnen. Dann dürfte aber neben der durch Mitwirkung des Nebenvormundes und Richters bei speziell im Gesetz bezeichneten wichtigen Akten gegebenen Kontrole und der zuletzt gedachten Sicherheitsbestellung oder Deposition für die Sicherheit des Vermögens der Pflegebefohlenen so viel geschehen sein, wie, außer in dem Theile Preußens, wo das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Deposital-Ordnung gilt, in keinem deutschen Landestheile bisher insgesammt geschehen ist. Die neueste Vormundschafts-Ordnung ist, außer in Sachsen-Weimar-Eisenach, im Königreich Sachsen gegeben. Aber auch darnach ist keine größere Sicherheit vorhanden. Im Gegentheil eine bedeutend geringere. Denn das sächsische Gesetzbuch, § 1902, fordert zwar in allen Fällen, in welchen Vormünder werthvolle Vermögensstücke ihrer Pflegebefohlenen in Händen haben, oder Gelder einnehmen, welche den Betrag der jährlichen Ausgaben für den Pflegebefohlenen übersteigen, eine Sicherheitsleistung, indeß ist die Höhe derselben ganz dem Ermessen des Richters überlassen, ja ihm sogar gestattet, auf ein die ganze Sicherheit zur Illusion machendes Minimum herabzugehen, wenn er zum Vormunde Vertrauen hegt, was bekanntlich auch sehr täuschen kann. Auch ist durch die Literatur allgemein anerkannt, daß man vom einzelnen Vormunde genügende Sicherheit als Regel nicht fordern kann, da dies entweder zu einer ganz unbegründeten Härte, ja zu einem ungerechtfertigten Eingriffe in das Privatvermögen Einzelner, führen würde, oder dazu, daß man für die wichtigsten Vormundschaften keine, oder sehr schwer wenigstens

Digitized by Google

geeignete Vormünder finden würde. Allenfalls würde sich dann aus Nothwendigkeit ein neuer Erwerbszweig bilden, aus dem eine Reihe von kautionsfähigen Vormündern hervorgehen würde. Daß dies aber keineswegs einer idealen, ja nicht einmal einer wünschenswerthen Entwicklung des Vormundschaftswesens entspräche, liegt auf der Hand. Es würde sich dann, wie neben den „Rechtsanwälten" sogenannte „Volksanwälte" oder gewöhnlich „Winkeladvokaten", nicht zum Vortheile des Publikums, entstanden sind, eine bestimmte Sorte von „Winkeladvokaten" zu „Winkelvormündern" gegen vertragsmäßiges Honorar sich heran- und herausbilden. Das „Ehrenamt" würde bald in Zweifel gerathen, und daß das Vormundschaftsamt ein Ehrenamt ist und bleiben muß, ist allgemein und überall anerkannt. Daran ändert es auch gar nichts, wenn unter Umständen ein Honorar zugebilligt wird und werden darf (§ 34, 35, Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen), vollends aber der selbstverständliche Satz nicht, daß die Auslagen dem Vormunde resp. dem Gegenvormunde erstattet werden müssen, und zwar aus dem Vermögen des Pflegebefohlenen.

Einer besonderen Erwähnung verdient noch, obschon die Frage Nr. IV denselben nicht berührt, der Punkt: ob die Vorschrift des preußischen Allgemeinen Landrechts (§ 681; Anh. § 166, II. 18. A. L.-R.), wonach der Vater (in einer gerichtlichen Erklärung oder einem förmlichen Testamente) als Erblasser der Pflegebefohlenen (denen er mehr als den ihnen schuldigen Pflichttheil zuwendet. § 683 a. a. O.) einen von ihm ernannten Vormund von den § 422—678 l. c. vorgeschriebenen Einschränkungen der vormundschaftlichen Administration ganz oder zum Theil befreien kann, aufrecht erhalten und in ein neues allgemeines, für ganz Preußen, event. für ganz Deutschland, passendes Vormundschaftsgesetz aufgenommen werden soll?

Die „Erläuterungen" zu dem neuen Gesetzentwurfe (S. 79) müssen anerkennen, daß gegen dies Prinzip des allgemeinen preußischen Landrechts „niemals Stimmen laut geworden", obwohl das römische Recht sich dagegen erklärt, das französische Recht aber und die deutschen Partikulargesetzgebungen derartige Befreiungen des Vormundes von den gesetzlich vorgeschriebenen Modalitäten seiner Ausführung nicht kennen. Trotzdem hat der Entwurf qu. die gestellte Frage nicht, wie man vermuthen sollte, verneint, sondern zu unserer Uebereinstimmung bejaht (§ 60). Und zwar ist das Recht des Vaters in dieser Beziehung auch auf die Mutter ausgedehnt und nicht von einer Zuwendung über den Pflichttheil abhängig gemacht. Dagegen bezieht sich die Befreiung nur auf die Rechnungslegung während der Verwaltung, auf die Sicherheitsbestellung und auf die Offenlegung eines Inventars (§ 60, 36, 62). Unseres Erachtens ist diese Bestimmung als ein großer Fortschritt, den anderen deutschen Partikulargesetzgebungen gegenüber, zu be-

Digitized by Google

grüßen und genügt in jeder Weise für die dem Vormunde in dem Entwurfe angewiesene, freiere Stellung. Von den altländischen preußischen Juristen würde ein Mangel an einer derartigen Bestimmung geradezu als Rückschritt aufgefaßt werden (cfr. Märcker in Behrends Zeitschrift ꝛc. IV., S. 309).

Damit können wir die Beantwortung der obigen vier Fragen schließen und die Antwort hier kurz zusammenstellen:

I. Soll die „Obervormundschaft", soweit sie dem Staate obliegt, durch Einzelrichter oder durch Kollegialgerichte ausgeübt werden?

Antwort: durch Einzelrichter.

II. Soll die „Obervormundschaft" dem Staate allein vorbehalten werden, oder eine Mitwirkung der Familie oder Gemeinde stattfinden, und, im Falle der Bejahung der letzteren Alternative, in welchem Maße (begutachtend oder beschließend)?

Antwort: Die Obervormundschaft soll allein dem Staate vorbehalten werden; aber bei Führung der Vormundschaft ist der Familie sowie der Gemeinde eine Mitwirkung begutachtender Natur einzuräumen:

a. beim Vorschlage zum Vormunde, der nicht durch das Gesetz bedingt ist,

b. durch Abgabe ihrer Meinung bei der Erziehung und Vermögens-Verwaltung, so oft der Vormund oder der Obervormund (Vormundschaftsrichter) ihren Rath einholt, oder nach gesetzlicher Vorschrift in besonders zu bezeichnenden Fällen einholen muß,

c. dadurch, daß der Vormund die eingeholte Meinung der Familie resp. Gemeinde dem Obervormunde vorzulegen verpflichtet ist, dieser also sie zu prüfen hat, und nur, nach ihrer Berücksichtigung, seine entscheidende Genehmigung ausspricht.

III. Soll das Institut eines beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes überhaupt, für alle oder nur für einzelne Fälle, eingeführt werden?

Antwort: Das Institut eines beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes überhaupt ist einzuführen, aber nicht für alle, sondern nur für einzelne, mit wirklicher Vermögens-Verwaltung verbundene, vom Obervormund als solche, aus freien Stücken oder auf Antrag von irgend einer Seite, anerkannte Fälle.

IV. Empfiehlt sich die Beibehaltung der Deposital-Verwaltung für Mündelgelder? und welche Grundsätze rechtfertigen sich hinsichtlich der Kautionsbestellung der Vormünder?

Antwort: Die Deposital-Verwaltung empfiehlt sich nicht, wohl aber eine bedingte außergerichtliche Deposital-Verwahrung; Kautionsbestellung kann als Regel von den Vormündern nicht gefordert werden, sondern nur ausnahmsweise in den vom Obervormund als geeignet befundenen Fällen.

Digitized by Google

Der „Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen", der bei vorstehender Auseinandersetzung vorgelegen hat und als das neueste gesetzgeberische Produkt in dieser Richtung nebst seinen „Erläuterungen" besondere Berücksichtigung verdiente, außerdem aber wegen der ausführlichen Entwicklung der seitherigen Vormundschaftsgesetzgebung bis in die neueste Zeit (S. 19—52) zu Grunde zu legen war, um die Uebersichtlichkeit der Darstellung nicht zu hemmen und Bekanntes nicht wiederholen zu müssen, ist in Bezug genommen in der, für das Haus der Abgeordneten des preußischen Landtages, 12. Legislaturperiode, I. Session 1873—1874, unter Nr. 94 gedruckten Ausgabe. Je ausführlicher und vollständiger die „Erläuterungen" dieses Entwurfes sind, desto kürzer konnten wir uns in Wiedergabe fremder Auslassungen fassen und uns vorzugsweise auf Ausführung eigener, auf 24jährige richterliche Praxis im Vormundschaftswesen begründete Anschauung und Ideen beschränken.

Digitized by Google

II.

Gutachten des Herrn Professor Dr. Richard Schröder in Würzburg

über die Gesetzgebungsfrage:

Ist es wünschenswerth und ausführbar, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu codificiren, und auf welcher Grundlage?

Das eheliche Güterrecht ist das einzige Rechtsgebiet Deutschlands, welches von Reception des römischen Rechts fast unberührt geblieben ist. Die räumliche Verbreitung der verschiedenen Systeme ist noch heute im Wesentlichen dieselbe wie vor siebenhundert Jahren, und in materieller Beziehung hat sich in der Hauptsache fast nichts geändert. Schon im 12. Jahrhundert treten uns dieselben drei Systeme, die wir heute unterscheiden, entgegen, nach den einzelnen Stammesrechten vertheilt, deren schon in ältester Zeit nach verschiedenen Entwicklungsbahnen hinweisenden Grundrichtungen jene verschiedenartige Rechtsbildung ausschließlich zugeschrieben werden muß.[1])

I. Ein sehr verbreitetes System war schon im Mittelalter das der particulären Gütergemeinschaft. Als Errungenschaftsgemeinschaft

---

[1]) Hinsichtlich dieser und mancher anderen, mit der hergebrachten Ansicht in Widerspruch stehenden Behauptung verweise ich auf meine Geschichte des ehelichen Güterrechts (Stettin 1863—1874) besonders auf Bd. II. Abth. 2, § 22 und Abth. 3 § 17 und die daselbst angeführte neuere Literatur, sowie auf meinen Aufsatz „Das eheliche Güterrecht und die Wanderungen der deutschen Stämme im Mittelalter", in Sybels hist. Zeitschr. 31, 289—311.

Digitized by Google

galt dieselbe in Schleswig, mit Ausnahme der Städte, als Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft in Friesland und, besonders scharf in den Verhältnissen während der Ehe sowie bei Auflösung unbeerbter Ehen hervortretend, dagegen bei Auflösung beerbter Ehen durch eigenthümliche Erscheinungen erbrechtlicher Natur verdunkelt,[2]) fast in dem ganzen Gebiete des fränkischen Rechts, ferner im südlichen Thüringen, im schwäbisch-allemannischen und im baierisch-österreichischen Rechtsgebiete, also in ganz Süd- und Westdeutschland. Nur in den Mainlanden, am Oberrhein und in den Mündungsgebieten des Rheins war man schon im frühen Mittelalter zu allgemeiner Gütergemeinschaft übergegangen.

Der räumliche Umfang der particulären Gütergemeinschaft hat sich bis auf den heutigen Tag nur wenig verändert, indem dies System gegenwärtig die folgenden Gebiete beherrscht:[3])

1. Die Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft des französischen Rechts gilt in

Elsaß-Lothringen für	1,550,000	Seelen,
Rheinbaiern	615,000	"
Rheinhessen	250,000	"
Birkenfeld	36,000	"
Rheinprovinz, mit Ausnahme der Kreise Neuwied, Altenkirchen und Wetzlar[4]) und Essen, Rees und Duisburg,[5]) für . .	3,090,090	"
Baden (Badisches Landrecht) für . . .	1,461,000	"
im Ganzen also für	7,002,000	Seelen.

Ferner finden wir aber dasselbe, wenn auch im einzelnen verschiedenartig, bald als Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft, bald als reine Errungenschaftsgemeinschaft gestaltete System der partikulären Gütergemeinschaft

2. in Baiern[6]) im Gebiete des Baierischen Landrechts, der Stadt Regensburg, der Stadt, Rotenburg a. d. Tauber, des Markgrafthums

---

[2]) Nämlich durch das Verfangenschaftsrecht.

[3]) Die Einwohnerzahlen der hier und im Folgenden in Betracht kommenden Gebiete sind entnommen: für die baierischen Partikularrechte den Angaben in Roths baierischem Civilrecht Bd. 1, im übrigen den Ergebnissen der Volkszählung von 1871, wie sie in den Vierteljahrsheften zur Statistik des deutschen Reiches Bd. 2, Heft 2 und der Zeitschrift des preuß. statistischen Bureaus 13. Jahrg. Heft 1—2 zusammengestellt sind.

[4]) Siehe Anm. 9.

[5]) Siehe Anm. 21.

[6]) Roth, Baier. Civilrecht 1, 342 f.

Digitized by Google

Ansbach, des Mainzer Landrechts, der Rettenbergischen Landesordnung und des Ulmer Stadtrechts für zusammen . 2,318,000 Seelen,
3. in Württemberg.[7]) . . . . . 1,818,000 „
4. im Großherzogthum Hessen, Provinzen Starkenburg und Oberhessen,[8]) mit geringen Ausnahmen, für . . . . . 603,000 „
5. in Sachsen-Koburg ohne Gotha [8a.]) . 52,000 „
6. in der preußischen Rheinprovinz, Kreis Neuwied, Altenkirchen, Wetzlar[9]) . . . . 161,000 „
7. in der Provinz Hessen-Nassau,[10]) mit Ausnahme der Kreise Rinteln,[11]) Fulda und Hünfeld,[12]) für . . . . . 1,294,000 „
8. in Hannover, Aemter Uchten und Freudenberg,[13]) für . . . . . 26,000 „
9. in Holstein für Dietmarschen[14]) mit . . 75,000 „
10. in Schleswig,[15]) mit Ausnahme der Städte (außer Apenrade) und der Gebiete des Eiderstedter und Nordstrander Landrechts,[16]) für . 280,000 „

Hiernach umfaßt das gesammte Gebiet der partikulären Gütergemeinschaft gegenwärtig 13,629,000 Seelen. Eine einheitliche Regelung für diese Gebiete unterliegt verhältnißmäßig nur geringen Schwierigkeiten, zumal wenn man sich entschließt, Werthpapiere und hypothekarisch ange-

---

[7]) Württembergisches Landrecht.

[8]) Katzenellenbogener, Solmser, Mainzer, Pfälzer Landrecht, Wimpfener Stadtrecht. Im Gebiete des Erlach-Brauberger Rechts gilt allg. Ggmsch.

[8a.]) Vgl. Heimbach, Lehrb. d. Privatrechts der zu den O.-A.-Gerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder 173. Siehe Anm. 47.

[9]) Solmser, Mainzer, Kurtrierer, Kurkölner, Katzenellenbogener Landrecht, sog. Lamprecht'sches Statut, Bendorfer Gewohnheitsrecht.

[10]) In Nassau auf Grund des Solmser Landrechts (vgl. Edikt v. 4. Juni 1816, V. O. v. 9. Nov. 1821 und 10. Jan. 1825), in Frankfurt auf Grund der Stadtrechtsreformation von $\frac{1578}{1611}$, in Hessen auf Grund des Mainzer und Solmser Landrechts und besonders der hessisch. Prozeßordn. v. 1745 nebst Decl. v. 1767. Vgl. Roth u. Malbom, Kurhess. Privatrecht Bd. 1.

[11]) Siehe Anm. 33.

[12]) Siehe Anm. 34.

[13]) Vgl. Bülow u. Hagemann, prakt. Erörterungen 8[b.] 161.

[14]) Vgl. Falck, Schlesw.-Holst. Privatrecht 4, 434 ff.

[15]) Auf Grund des Jütischen Low und des Fehmarschen Landrechts. Vgl. Falck, a. a. O. 1,409 f. 4,441 ff. 444 ff.

[16]) Siehe Anm. 30 f.

Digitized by Google

legte Kapitalien in Betreff des ehelichen Güterrechts den Immobilien gleichzustellen, und im Uebrigen die partikuläre Gütergemeinschaft als Mobiliar- und Errungenschaftsgemeinschaft zu construiren.

II. Die allgemeine Gütergemeinschaft finden wir im Mittelalter (denn daß dieselbe erst im 16. Jahrh. durch das Kreditbedürfniß der Stadtbevölkerung geschaffen sei, ist eine durch nichts begründete und neuerdings doch wohl hinreichend widerlegte Fabel) nach zwei verschiedenen Richtungen hin entwickelt. Die eine nimmt ihren Ausgang von einem Theile des Frankenstammes, die andere von Westfalen. Wo sich bei den Franken allgemeine Gütergemeinschaft entwickelt hatte, da galt sie regelmäßig in jeder Ehe, mochte dieselbe beerbt oder kinderlos sein. In dieser Weise finden wir sie in den Mainlanden, am Oberrhein von Basel bis Bingen (wenn auch nicht allgemein) und vor allem am Niederrhein, von Kleve und Emmerich abwärts, namentlich dann in den Flämischen Landen. Von hier aus ist sie mit der bekannten Flämischen Kolonisation im 12. und 13. Jahrh. nach den Marschländern an der unteren Elbe und Weser (Hannover und Holstein), nach der goldenen Aue und dem Fläming, vor allem aber nach der Mark Brandenburg, den preußischen Ordenslanden, Theilen Schlesiens und Meißens und nach Böhmen und Mähren vorgedrungen. Auch die Westfälische Gütergemeinschaft hat sich in den dem Rhein zunächst gelegenen Gegenden (deren Hauptrepräsentant das Dortmunder Recht war) nach dem Vorbilde der Flämisch-Niederrheinischen umgebildet, und ist in dieser Form schon seit dem 12. Jahrhundert in Hamburg und den Schleswigschen Städten, ferner in Bremen, Oldenburg und im Osnabrücker Lande heimisch geworden. Abgesehen hiervon war dem Westphälischen Rechte schon nach der unter Karl d. Gr. abgefaßten Lex Saxonum die Unterscheidung zwischen kinderloser und beerbter Ehe eigenthümlich und für dasselbe charakteristisch. Nur bei der letzteren galt Gütergemeinschaft, bei kinderloser Ehe dagegen bloße Verwaltungsgemeinschaft. In Westfalen wird dieser Unterschied heute nicht mehr gemacht, die Dortmund-Osnabrücker Richtung hat den Sieg davon getragen, aber in dem, im 12. Jahrhundert von Soest nach Lübeck gekommenen Lübeckischen Rechte wird dieser Unterschied bis auf den heutigen Tag aufrecht erhalten, nur in Lübeck selbst hat man neuerdings den Standpunkt der Gütergemeinschaft überhaupt verlassen.[17]) In der nachfolgenden Uebersicht sind die Städte mit Lübeckischem Recht, ebenso Lüneburg, Schweinfurt und die Gebiete des Nordstrander Landrechts in Holstein und der Fränkischen Landgerichtsordnung

[17]) Durch das Erbrechtsgesetz v. 10. Febr. 1862. Vgl. darüber den trefflichen Kommentar von E. Plitt, das Lübeckische Erbrecht 2. Aufl. 1872.

Digitized by Google

und des Kasteller Rechts in Baiern sämmtlich den Gebieten mit allgemeiner Gütergemeinschaft beigezählt worden, obwohl sie dieselbe nur beim Vorhandensein von Kindern eintreten lassen und bei kinderloser Ehe anderen Prinzipien folgen. Dies Verfahren war geboten, weil das statistische Verhältniß zwischen kinderlosen und bekindeten Ehen sich nicht feststellen ließ, eine solche Feststellung auch ohne Zweifel ein bedeutendes Ueberwiegen der letzteren ergeben haben würde.

Auch das Gebiet der allgemeinen Gütergemeinschaft hat sich verhältnißmäßig nur wenig verändert. In den Niederlanden ist die Friesische partikuläre Gütergemeinschaft von der allgemeinen des Flämischen Rechts ganz verdrängt worden: Van het oogenblik der voltrekking des huwelyks (Ehe) bestaat van regtswege algeheele (allgemeine) gemeenschaft van goederen tusschen de echtgenooten (Burgerlyk Wetboek Art. 174). Auf der andern Seite hat die allgemeine Gütergemeinschaft mehrfach Abbruch erlitten. Des Abfalls von Lübeck wurde schon oben gedacht. In der Mark Brandenburg hat die allgemeine Gütergemeinschaft des Flämischen Rechts auf Grund der Joachimischen Constitution von 1527 fortgedauert, bis das Erbschaftsedict von 1765 durch eine auf historischer Unkenntniß beruhende sogenannte authentische Deklaration den Ansprüchen des überlebenden Ehegatten einen rein erbrechtlichen Charakter verlieh und damit das alte System über den Haufen warf. Ein ähnliches Schicksal hatte die allgemeine Gütergemeinschaft des Rügianischen Landgebrauchs und der Bauerordnung vom 16. Mai 1616 in Neuvorpommen, wo die in der Praxis immer noch gebräuchliche Annahme einer Gütergemeinschaft seit dem Patente vom 12. Nov. 1804 nur noch sehr bedingt berechtigt erscheint. Von beiden Rechtsgebieten ist daher in der nachfolgenden Uebersicht Abstand genommen worden. Gegenwärtig gilt nun die allgemeine Gütergemeinschaft in folgenden Gebieten:

1. Die Gütergemeinschaft des Preuß. A. L.-R. II. 1, §§ 345—433. 634—667, 811—822 findet volle Anwendung
   a) in Ost- und Westpreußen[18]) für . . 3,137,000 Seelen,
   b) in Posen[19]) . . . . . 1,584,000 „
   im Wesentlichen auch
   c) in Westfalen, mit Ausnahme von 26

---

[18]) Ostpreuß. Provinzialrecht von 1801, Zusatz 92, 96, § 18 ff. Westpreuß. Provinzialrecht von 1844, § 17. Gesetz vom 16. Februar 1857. Ausgenommen ist nur der Adel.

[19]) Patent vom 9. November 1816, § 12. Gesetz vom 5. Juni 1863.

Digitized by Google

unbedeutenden Ortschaften des Regierungsbezirks Arnsberg[20] . . . . . 1,730,000 Seelen,

d) in der Rheinprovinz Kreis Duisburg, Essen und Rees[21] . . . . . 330,000 „

im Ganzen also für 6,781,000 Seel.[22])

2. Pommern[22]), mit Ausnahme der Städte Damm, Garz a. O. und Pyritz[23]), Pasewalk[24]), Franzburg und Richtenberg[25]), sodann der Kreise Schievelbein und Dramburg[26]) und, strenge genommen, auch der Landbevölkerung des Regierungsbezirks Stralsund[27]), für . . 1,222,000 Seelen,

3. Brandenburg, Kreis Kottbus, Züllichau und Krossen[28]) . . . . . 179,000 „

4. Hannover[29]) in den Städten und Flecken des Fürstenthums Osnabrück, im Lande Wursten (Amt Dorum), Hadeln (Amt Otterndorf), im Alten Lande (Amt Jork), der Grafschaft Bentheim (Amt Bentheim, Neuenhaus), der Niedergrafschaft Lingen nebst Münsterland (Stadt

---

[20]) Gesetz vom 16. April 1860. In den ausgenommenen Ortschaften gilt Dotalrecht. Im Uebrigen sind nur die Standesherren ausgenommen.

[21]) Wie Anm. 20.

[22]) In den Kreisen Lauenburg und Bütow (67,000 Einwohner) gilt auf Grund des Gesetzes vom 4. August 1865 die Gütergemeinschaft des A. L.-R., deren Gebiet sich hiernach auf 6,848,000 Seelen erweitert, auf dem Lande die Pommersche Bauerordnung vom 30. Dezember 1764 (auch in den Städten Grabow a. O., Jacobshagen, Zauchau), in Stettin und Pölitz Stettiner Stadtrecht, in den übrigen Städten Lübisches Recht. Ausgenommen sind alle Personen früher eximirten Gerichtsstandes.

[23]) Siehe Anm. 45.

[24]) Pasewalk gehört zum Gebiete des Märkischen Erbrechts (Joachimica).

[25]) In diesen beiden Städten gilt die neuvorpommersche Bauerordnung (Anm. 27).

[26]) In beiden Kreisen Märkisches Erbrecht.

[27]) Die schon oben erwähnte neuvorpommersche Bauerordnung von 1616 steht seit dem Patent von 1804 zwar hinsichtlich der Verhältnisse während der Ehe noch auf dem Boden der Gütergemeinschaft, hat aber hinsichtlich der Auseinandersetzung bei Auflösung der Ehe diesen Boden verlassen. Immerhin würde sich dies Rechtsgebiet mit Leichtigkeit einem codificirten Gütergemeinschaftssysteme unterwerfen.

[28]) Privilegien von 1409, 1425, 1469. Vergl. meine Geschichte des ehelichen Güterrechts Bd. 2, Abth. 3, S. 64 f., 92, 137, 142, 314 ff.

[29]) Vgl. Grefe, Hannovers Recht 2, 60 ff. Ebd. 1, 154. Ferner meine Gesch. des ehel. Güterrechts 2. Bd., 3. Abth. Peterssen, ehel. Güterrecht in Osnabrück (1863). Hänel in der Zeitschrift f. Rechtsgeschichte 1, 318 f.

Digitized by Google

und Amt Lingen, Amt Freren, Meppen), den Städten Lüneburg, Uelzen, Stade, Burtehude, Verden, Hildesheim	206,000	Seelen,
5. Schleswig-Holstein[30]), in sämmtlichen Städten mit Ausnahme von Apenrade,[31]) ferner in den Gebieten des Eiderstädter und des Nordstrander Landrechts, des Land- und Marschrechts und in dem Schaumburger Antheil,[32]) für	520,000	„
6. Hessen-Nassau in den Kreisen Rinteln,[33]) Fulda und Hünfeld[34])	106,000	„
7. Schaumburg-Lippe[35])	32,000	„
8. Lippe[36])	111,000	„
9. Mecklenburg in sämmtlichen Städten beider Großherzogthümer[37])	240,000	„

---

[30]) Vgl. Falck, Schlesw.-Holst. Privatrecht 1, 425 f., 430 f., 448 f., 455 f.; 4, 455 ff. Die Seelenzahlen konnten hier nur annähernd angegeben werden, da die publicirten Ergebnisse der Volkszählung statt der alten Amtsbezirke nur die erst 1867 eingeführten Kreise berücksichtigen.

[31]) In Altona gilt die Schaumburgische Gütergemeinschaft (Anm. 32, 33), in den übrigen Holsteinischen Städten das Lübische Recht, ebenso in Tondern und Burg; in allen übrigen Schleswigschen Städten die Gütergemeinschaft des alten Stadtrechts von Schleswig. Vgl. Geschichte d. ehel. Güterrechts 2. Bd., 3. Abth. Ueber Apenrade vgl. Anm.

[32]) Siehe die folgende Anmerkung.

[33]) Kreis Rinteln war früher Schaumburgisches Territorium, daher gilt hier wie in Lippe-Schaumburg und den Schaumburgischen Theilen Holsteins die Schaumburgische Polizeiordnung von 1615, deren gütergemeinschaftliche Prinzipien neuerdings mit Unrecht angezweifelt worden sind. Vgl. Roth und Meibom, kurhessisches Privatrecht 383 ff., 433 ff., 453 ff.

[34]) Fulda'sche Gütergemeinschaft. Roth und Meibom a. a. O. 387.

[35]) Siehe Anm. 33.

[36]) Verordnung vom 27. März 1786 b. Runde, ehel. Güterrecht 511 f.

[37]) Ueber die Gütergemeinschaft der Strelitzschen Stadtrechte vgl. v. Kamptz, Mecklb. Civilrecht 1, 662 ff. Müller, Beitrag zu der im Stargarder Kreise geltenden ehelichen Gütergemeinschaft, 1852. Nah verwandt das Parchimer Recht in Parchim, Plau und Brüel. Vgl. v. Kamptz a. a. O. 655 ff.. In Schwerin und Penzlin ist das System der Gütergemeinschaft dadurch ein wenig alterirt, daß dem überlebenden Ehegatten das Wahlrecht zwischen Halbtheilung das Sammtgutes und statutarischer Erbportion am Nachlasse zusteht. v. Kamptz 640 ff. In allen übrigen Städten gilt Lübisches Recht, das nur in Rostock selbständig fortgebildet ist.

Digitized by Google

10. Hamburg, Stadtrechtsgebiet[38])	305,000	Seelen,
11. Bremen, Stadtrechtsgebiet[39])	105,000	„
12. Fürstenthum Hildburghausen[40]) . . .	40,000	„
13. Baiern[41]) in den Fürstenthümern Baireuth, Bamberg, Oettingen-Wallerstein, Hohenlohe und Kempten, den Grafschaften Erbach, Thurnau, Pappenheim, Castell, den Bisthümern Würzburg, Fulda, Eichstädt, den Stadtrechtsgebieten Nürnberg, Dinkelsbühl, Kempten, Lindau, Schweinfurt, Windsheim, Nördlingen, Weißenburg und Kaufbeuern für	1,376,000	„
Das Gebiet der allgemeinen Gütergemeinschaft umfaßt also gegenwärtig eine Bevölkerung von	11,270,000	Seelen,

Innerhalb dieses Gebietes herrschen zwar mancherlei Verschiedenheiten, dieselben erscheinen aber einer Codification gegenüber keineswegs für unüberwindlich, besonders wenn man in Betracht zieht, daß, wie bei der partikulären Gütergemeinschaft dem französischen Rechte, so hier dem betreffenden Systeme des preußischen A. L.-R. weitaus die größere Hälfte des gesammten in Rede stehenden Gebietes angehört,[42]) und daß auch von den übrigen Partikularrechten eine größere Zahl denselben Grundprincipien huldigt.

III. Das System der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft (Güterverbindung, Gütereinheit) ist im Mittelalter dem Rechte der ostfälischen Sachsen eigenthümlich. Vornehmlich durch den Sachsenspiegel und das Magdeburger Stadtrecht repräsentirt, galt dies System in den Territorien und Städten des Erzbisthums Magdeburg und der Stifter

---

[38]) Auch in Hamburg ist das System der Gütergemeinschaft durch ein dem überlebenden Gatten bei beerbter Ehe zugestandenes Wahlrecht ähnlich wie in Schwerin alterirt, nicht aber aufgehoben. Die unrichtigen Ansichten Cropps sind berichtigt in meiner Geschichte des ehel. Güterrechts 2. Bd., 3 Abth.

[39]) Vgl. Berck, das Bremische Güterrecht der Ehegatten und, im Einzelnen ihn berichtigend, meine Gesch. des ehel. Güterrechts a. a. O.

[40]) Vgl. Heimbach, Lehrbuch d. partik. Privatsrechts der zu den Oberappellationsgerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder 173 f. In Ermangelung anderer Anhaltspunkte habe ich von der Gesammtbevölkerung des Herzogsthums Sachsen-Meiningen-Hildburghausen (188,000) auf Meiningen 98,000, auf Hildburghausen 90,000 angenommen. Vgl. Anm. 48.

[41]) Vgl. Roth, Baier. Civilrecht 1, 372 f.

[42]) Denn außer den Anm. 22 berechneten 6,848,000 Seelen kommen noch die Pommerschen und Baierischen Gebiete, in denen das A. L.-R. subsidiär gilt, in Betracht.

Digitized by Google

Naumburg und Merseburg, sodann in Theilen Schlesiens und als Landrecht in der Markgrafschaft Meißen, in größeren Distrikten Niederschlesiens und Holsteins, als Stadtrecht in einzelnen märkischen, pommerschen, polnischen schlesischen Städten. Im Wesentlichen hat auch in dieser Beziehung keine Aenderung stattgefunden.

1. Der Sachsenspiegel, beziehentlich das Magdeburger Stadtrecht, gelten noch heute

a) in Holstein,[43]) mit Ausnahme der gütergemeinschaftlichen Gebiete,[44]) für	120,000	Seelen,
b) in Pommern in den Städten Damm, Garz a. O. und Pyritz[45])	12,000	"
c) Anhalt[46])	203,000	"
d) Sachsen-Weimar	286,000	"
e) Sachsen-Gotha ohne Koburg[47]) . . .	122,000	"
f) Sachsen-Meiningen ohne Hildburghausen[48])	98,000	"
g) Sachsen-Altenburg	142,000	"
h) Reuß älterer und jüngerer Linie	134,000	"
i) Schwarzburg-Sondershausen und Rudolstadt	143,000	"
demnach im Ganzen für	1,260,000	Seelen.

2. Die Verwaltungsgemeinschaft des preußischen Allgemeinen Landrechts hat folgendes Geltungsgebiet:

a) Schlesien[49]) mit	3,707,000	Seelen,
b) Provinz Sachsen[50]) mit	2,103,000	"
c) Provinz Brandenburg in den Kreisen, Guben, Lübben, Luckau, Sorau, Spremberg, Kalau, Belzig, Jüterbogk,[51]) mit	443,000	"

[43]) Falck, Schlesw.-Holst. Privatrecht 1, 404 ff., 4, 414 ff. Vgl. meine Gesch. des ehel. Güterrechts 2 Bd., 3. Abth.

[44]) Siehe Anm. 14, 30, 31.

[45]) Magdeburger Recht.

[46]) Für c. bis i. vgl. Heimbach, Lehrb. d. Privatrechts der zu den O.-A.-Gerichten zu Jena und Zerbst vereinten Länder 172 ff.

[47]) Vgl. Anm. 8a.

[48]) Vgl. Anm. 40.

[49]) Gesetz vom 11. Juli 1845.

[50]) Patent vom 9. September 1814 und vom 15. November 1816. In den Kreisen Jerichow I. und II. hat bis jetzt das Märkische Erbrecht gegolten, dasselbe soll aber durch ein bereits vom Landtage genehmigtes Gesetz demnächst zu Gunsten des A. L.-R. aufgehoben werden.

[51]) Patent vom 15. November 1816.

Digitized by Google

d) Provinz Hannover[52]) in der Landdrostei Aurich, der Stadt Duderstadt und dem Amte Gieboldehausen mit	218,000	Seelen,
somit im Ganzen	6,471,000	Seelen
3. Oldenburg, im Herzogthum Oldenburg[53]) .	244,000	„
4. Königreich Sachsen[54])	2,556,000	„

Das Gesammtgebiet der ehelichen Verwaltungsgemeinschaft umfaßt hiernach 10,531,000 Seelen, denen man allenfalls noch die folgenden Gebiete mit römischem Dotalrecht hinzurechnen kann:

a) beide Mecklenburg mit Ausnahme der Städte	415,000	Seelen,
b) Waldeck	56,000	„
c) Westfalen in 26 Ortschaften des Regierungsbezirks Arnsberg[55])	45,000	„
d) Baiern in dem größten Theile von Schwaben und einigen Fränkischen und Baierischen Distrikten[56])	374,000	„
Zusammen	890,000	Seelen,

Eine vollständige Reception des römischen ehelichen Güterrechts hat zwar nirgends in Deutschland stattgefunden, denn auch in den eben angeführten Gebieten ist das Grundprincip des deutschen Rechts, die Freiheit vertragsmäßiger Regelung der ehelichen Güterverhältnisse, unberührt geblieben; hiervon abgesehen kommen aber die Grundsätze des römischen Rechts ziemlich rein zur Anwendung. Auf eine Berücksichtigung bei der bevorstehenden Codification hat ein so wenig umfangreiches Gebiet selbstverständlich keinen Anspruch; dagegen darf es bei der immerhin nicht bedeutenden Verschiedenheit des Dotalsystems von dem der Verwaltungsgemeinschaft unbedenklich dem Gebiete der letzteren beigezählt werden, so daß die Einwohnerzahl desselben auf 11,421,000 erhöht wird.

Die vorstehende Uebersicht hat ergeben, daß von den 41,010,000 Einwohnern des deutschen Reiches 13,629,000 dem Systeme der partikulären Gütergemeinschaft, 11,270,000 dem der allgemeinen Gütergemeinschaft,

---

[52]) Patent vom 9. September 1814. Vgl. Grefe, Hannovers Recht 1, 182 ff.

[53]) Gesetz vom 24. April 1873.

[54]) Das System des B.-G.-B. von 1863 ist das des sog. ususfructus maritatis, d. h. Verwaltungsgemeinschaft ohne das Mobiliarveräußerungsrecht des Mannes.

[55]) Vgl. Anm. 20.

[56]) Vgl. Roth, Baier. Civilrecht 1, 329 ff.

Digitized by Google

11,421,000 dem der Verwaltungsgemeinschaft angehören. Die übrigen 4,690,000 huldigen den mannigfaltigsten Systemen, welche theils mehr nach der allgemeinen Gütergemeinschaft, theils mehr nach der Verwaltungsgemeinschaft hinneigen. Wenn wir daher, wozu wir nach dem Ergebnisse der in Rede stehenden Quellen vollauf berechtigt sind, diese Zahl zur Hälfte dem einen, zur Hälfte dem andern Systeme hinzurechnen, so ergiebt sich das für die deutsche Codificationsarbeit gewiß höchst bedeutsame Resultat, daß sich die drei Systeme der partikulären Gütergemeinschaft, der allgemeinen Gütergemeinschaft und der Verwaltungsgemeinschaft völlig gleichmäßig über das Reich vertheilen. Noch bedeutsamer wird dieser Umstand dadurch, daß wir es bei dieser Vertheilung überwiegend mit fest geschlossenen, geographisch abgegrenzten Gebieten, im Westen mit der partikulären, im Norden und Osten und in den Mainlanden mit der allgemeinen Gütergemeinschaft, in Mitteldeutschland mit der Verwaltungsgemeinschaft zu thun haben. Die zahllosen Willkürlichkeiten, deren sich seit der Reception des römischen Rechts die partikulare Rechtsentwicklung schuldig gemacht hat, sind auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts spurlos vorübergegangen, die Gruppenvertheilung ist vom 12. bis zum 19. Jahrhundert fast unverändert dieselbe geblieben.

Sind wir berufen, hier mit gewaltsamer Hand einzugreifen? Gewiß würden wir dazu berufen sein, wenn eins der drei Systeme ein überwiegendes Herrschaftsgebiet besäße, aber wir haben gesehen, daß in dieser Hinsicht alle den gleichen Anspruch haben. Gewiß würden wir dazu berufen sein, wenn eins der drei Systeme materiell einen bedeutenden Vorzug vor den andern besäße. Aber ist dies der Fall? Die ausgezeichnetsten Juristen sind in dieser Beziehung verschiedener Meinung, und unwillkürlich hält jeder das seiner Heimath am nächsten stehende für das beste, Herr von Beaulieu-Marconnay plaidirt in seinem ausgezeichneten Gutachten für das System der Verwaltungsgemeinschaft, Herr Binding von Frankfurt a. M. hat in verschiedenen höchst beachtenswerthen Schriften auf die Vorzüge der partikulären Gütergemeinschaft hingewiesen. Die allgemeine Gütergemeinschaft hat in Deutschland noch keinen energischen Vertreter gefunden, weil die Kenntniß derselben eine äußerst geringe war, und die historische, wie statistische Untersuchung hierüber gar sehr im Argen lag. Aber eine äußerst respektable Vertheidigung ist der allgemeinen Gütergemeinschaft bei den praktischen Holländern zu Theil geworden, welche in ihren Salfränkischen Landen die allgemeine, in ihren Friesischen Landen die partikuläre Gütergemeinschaft vorfanden, bei der Abfassung ihres bürgerlichen Gesetzbuchs aber der ersteren den Vorzug gegeben und sich, obwohl sie eine handeltreibende Nation ersten Ranges sind, bis auf den heutigen Tag sehr wohl dabei befunden haben.

Digitized by Google

Trotz alledem würden wir im Interesse der Rechtseinheit auch hier einer einheitlichen Regelung den Vorzug geben können, wenn dieselbe nur überhaupt möglich wäre. Aber es wird doch Niemandem einfallen, den Hauptvorzug unseres Rechts, die Freiheit des Ehevertrags, irgendwie verkümmern zu wollen. Der Satz „Willkür bricht Landrecht" ist das Lebensprinzip des deutschen ehelichen Güterrechts von der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart gewesen, immer war es in erster Reihe den Ehegatten überlassen, ihren individuellen Bedürfnissen entsprechende Bestimmungen zu vereinbaren, und das Gesetz trat erst ein, wenn und soweit keine vertragsmäßige Regelung erfolgt war.

Für die Beantwortung der von dem Deutschen Juristentage gestellten Fragen ergibt sich demnach Folgendes:

1. Die Regelung des ehelichen Güterrechts für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz ist nicht ausführbar, weil die Vertragsfreiheit doch bleiben müßte, die Einheit also nur eine relative sein würde.

2. Sie ist auch nicht wünschenswerth, weil keins der drei Systeme so erhebliche Vorzüge vor den andern besitzt, daß man zwei Dritteln unserer Bevölkerung das Recht nur eines Drittels aufnöthigen dürfte.

3. Dagegen ist nothwendig, daß zur Ergänzung der in den Eheverträgen hervortretenden Hauptrichtungen eine gesetzliche Regelung der drei in Deutschland herrschenden Systeme, der partikulären und der allgemeinen Gütergemeinschaft und (namentlich für den Fall der Ausschließung der Gütergemeinschaft) der Verwaltungsgemeinschaft erfolge.[57])

4. Es ist wünschenswerth und ausführbar, daß jedes dieser drei Systeme, für sich durch ein einheitliches Gesetz codificirt, innerhalb bestimmter Gebiete, deren geographische Abgrenzung dem Bundesrathe oder den einzelnen Landesgesetzgebungen zu überlassen wäre, gesetzliche Geltung erhalte.[58])

---

[57]) Nach dem Vorbilde sämmtlicher Codificationen seit dem Code civil.

[58]) Ich komme also auf dasselbe hinaus, was Paul Roth in seiner vortrefflichen Abhandlung über Unification und Codification (Hausers Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht 1, 1—27) „Unification" genannt hat, nur daß ich nicht mehr als drei Unificationsgebiete zulassen will.

Digitized by Google

III.

Gutachten des Herrn Justizrath Dr. Euler zu Frankfurt a. M.

über die Gesetzgebungsfrage:

„Welches der in Deutschland herrschenden ehelichen Güterrechtssysteme eignet sich zur Verallgemeinerung in Deutschland?"

Die Fassung der vorgelegten Frage geht von der Voraussetzung aus, daß die Vorfrage, ob es wünschenswerth und ausführbar sei, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland einheitlich zu gestalten, eine bejahende Antwort bereits gefunden habe. Auch für mich ist diese Erledigung der Vorfrage die allein richtige. Schon der Grundsatz der Freizügigkeit und die Schwierigkeiten, welche bei dem immer häufiger werdenden Domizilwechsel aus der Verschiedenheit des ehelichen Güterrechts erwachsen, machen eine einheitliche Gestaltung desselben entschieden wünschenswerth, und die Erfahrung hat mich gelehrt, daß die Anhänglichkeit der angehenden Eheleute an ein hergebrachtes Güterrechtssystem keineswegs so stark ist, um nicht dessen Vertauschung mit einem andern ausführbar zu machen, vorausgesetzt, daß in demselben die wesentlichen Interessen berücksichtigt und gewahrt sind, welche in vermögensrechtlicher Beziehung sich geltend machen. Was in der Eingabe des Vereins der öffentlichen Anwälte zu Darmstadt an den deutschen Reichstag nebst Denkschrift (Darmstadt 1873) hierüber gesagt und durch Beispiele belegt ist, wird auch anderwärts Bestätigung finden, und wie bereits in einzelnen Ländern und Provinzen, in denen vorher die verschiedensten Güterrechtssysteme neben einander bestanden, eine einheitliche Gestaltung des ehelichen Güterrechts durch die Gesetzgebung einzuführen unternommen wurde, ohne daß die Interessen

Digitized by Google

der Bewohner dadurch gefährdet worden sind oder ein starres Beharren bei den alten Formen an den Tag trat, (wie in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg dnrch das Gesetz vom 16. April 1860 und neuerlich durch das Gesetz für das Herzogthum Oldenburg vom 24. April 1873), so läßt sich hoffen, daß auch für das deutsche Reich ein solches Unternehmen von günstigem Erfolge begleitet sein werde. Mit A. G. Rath Guiding (Klippe für die Einheitlichkeit des neuen bürgerlichen Gesetzes, in der Beilage zur allgem. Zeitung vom 18./19. Januar 1874) bin ich selbst der Ansicht, daß wenn überhaupt die Einheitlichkeit des bürgerlichen Rechts für Deutschland erzielt werden soll, die Feststellung eines allgemein giltigen ehelichen Güterrechts geradezu unerläßlich ist.

Von derselben Anschauung ausgehend, hat sich nun O.-A.-G.-Rath v. Beaulieu-Marconnay in seinem Gutachten (Verhandl. des XI. Juristentages I. 46 ff.) dafür ausgesprochen, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland auf der Grundlage der „Güterverbindung" zu codificiren, jedoch mit der doppelten Beschränkung, daß der altgewohnten Sitte, welche an vielen Orten die Gütergemeinschaft hergebracht habe, insofern Rechnung zu tragen sei, als das Gesetz auch ein System der Gg. mit der Bedeutung aufstellen möge, daß ein Ehevertrag über Gg. nach diesem gesetzlichen Systeme ausgelegt und beurtheilt werden solle, und daß den Eheleuten das Recht vorbehalten bleiben müsse, im Einzelnen bestimmte Abänderungen dieses Systems zu verabreden. Er hat hierbei die allgemeine Gg. im Auge und hat die partikuläre Gg. sowie die Errungenschaftsgemeinschaft, die im Norden unseres Vaterlandes nur selten vorkommen, nicht weiter beachtet. Dagegen hat A.-G.-Rath Binding in seinem Aufsatze über die von dem künftigen Reichsgesetze zu wählende Grundgestaltung des ehelichen Güterrechts (Archiv für civil. Praxis Bd. 56 S. 49) gerade die Errungenschaftsgemeinschaft für dasjenige System erklärt, welches in dem neuen Gesetze für ganz Deutschland zu Grunde gelegt werden solle, und er hat in einem weiteren Aufsatze (Archiv Bd. 57 S. 109) nicht nur neuerdings diese Ansicht vertheidigt, sondern auch den Vorschlag bekämpft, daß in diesem Gesetze neben dem Normal-Güterrechte noch ein anderes System zur Regelung der Eheverträge aufgestellt werde.

Ich kann indessen diese Vorliebe für das System der Errungenschafts-Gemeinschaft nicht theilen, sondern halte mit dem erwähnten Gutachten dafür, daß nur in dem Systeme der Güterverbindung die richtige Grundlage für ein allgemeines deutsches Ehe-Güterrecht gefunden werde. Es sind zwar nicht alle die Bedenken begründet, welche v. Gerber in den „Betrachtungen über das Güterrecht der Ehegatten nach deutschem Rechte" (Jahrbücher I. 239) gegen die Errungenschafts-Gemeinschaft erhebt, und Binding macht mit Recht

Digitized by Google

geltend, daß eine württembergiſche Errungenſchafts-Gemeinſchaft, welche Gerber vorzugsweiſe im Auge hatte, nicht gerade in muſtergiltiger Weiſe ausgebildet worden ſei, und anderwärts, wie z. B. in Frankfurt am Main, die von ihm ſo lebhaft geſchilderten Nachtheile dieſes Güterrechts ſich nicht fühlbar machten. Aber wenn man ſich auch in Frankfurt an die ſchon ſeit Jahrhunderten hier übliche Errungenſchafts-Gemeinſchaft gewöhnt hat und Eheverträge, welche ſie ausſchließen, zu den Seltenheiten gehören, ſo iſt dies Recht, trotz der Nachhilfe, die ihm durch mancherlei Einzelverordnungen zu geben verſucht wurde, doch nicht frei von vielen Mängeln, und herrſchen über gar manche Fragen des täglichen Verkehrslebens noch abweichende Rechtsanſchauungen, und jeder Verſuch, eine ſyſtematiſche Darſtellung des Frankfurter Rechts zu geben, zeigt von Neuem die Unklarheiten und Widerſprüche, welche in demſelben vorhanden ſind. Dies im Einzelnen darzulegen, würde hier viel zu weit führen, ich verweiſe in dieſer Beziehung gerade auf Bindings Lehre von der Haft der Eheleute für ihre Schulden nach dem Frankfurter ehelichen Güterrechte (Fr. 1871), ſowie auf meine Aufſätze über eheliches Güterrecht in dem Archiv für Frankf. Geſchichte (Bd. IV. Fr. 1869) und in den Mittheilungen des Vereins für Geſchichte zu Frankfurt (Bd. IV. S. 378). Es iſt dies hier wie anderwärts die kaum zu vermeidende Folge des neuen Begriffs der Errungenſchaft, die als ein Activ-Saldo der ehelichen Erwerbs-Thätigkeit aufgefaßt wird. Denn im Gegenſatze zu der nur auf die Natur des erworbenen Gegenſtandes ſtehenden und nur auf Immobilien ſich beziehenden Erwerbs-Gemeinſchaft des alten Rechts (vgl. Bocke, gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutſchland, I. 658 Nördl. 1873) iſt dieſe Errungenſchafts-Gemeinſchaft nur eine Schöpfung der romaniſirenden Jurisprudenz. Auch kann ich mich nicht überzeugen, daß die ſittliche Auffaſſung der Ehe im deutſchen Recht und die der deutſchen Ehefrau angewieſene Stellung als Genoſſin des Mannes mit Nothwendigkeit ein gemeinſchaftliches Eigenthum der Ehegatten an dem in der Ehe gemachten Erwerbe erheiſchen. Wollte man auf die innige Verbindung der Gatten und die daraus hergeleitete möglichſte Beſeitigung aller Sonderintereſſen ein Syſtem des ehelichen Güterrechts bauen, ſo würde man conſequenter Weiſe zur vollkommenen Vermögens-Einheit, zur allgemeinen Güterverbindung gelangen, welche ja bekanntlich gerade aus dieſem Grunde als dem idealen Weſen der Ehe am beſten entſprechend und wegen der nicht zu läugnenden Einfachheit der Verhältniſſe jederzeit ihre Anhänger und Lobredner gefunden hat. Noch weniger aber wie die Errungenſchafts-Gemeinſchaft oder die partikuläre neben der Errungenſchaft auch die Fahrniß umfaſſende Geſetzgebung, iſt die allgemeine Geſetzgebung geeignet, zur Grundlage für eine neue allgemeine Geſetzgebung zu dienen. Es iſt dies jetzt allſeitig anerkannt (vgl. auch Bocke II. 176) und habe ich deßhalb

Digitized by Google

darüber nichts mehr zu sagen. Schon der Versuch des Freiherrn v. Völderndorff, in dem Entwurfe eines Gesetzes über das eheliche Güterrecht auf Grund der baierischen Statutenrechte (Erl. 1867) ein System des Güterstandes der Güterverbindung aufzustellen, kann zum Beweise dienen, daß sich ein solches wissenschaftlich nicht construiren läßt. Was endlich das römisch-rechtliche Dotalsystem anlangt, so ist noch Niemand auf die Idee gekommen, es einem neuen Gesetze zu Grunde zu legen; insofern einzelne Bestimmungen desselben den jetzigen volkswirthschaftlichen Anschauungen nicht ungemäß sind, können sie gerade bei dem Systeme der Güterverbindung Berücksichtigung finden.

Die Vorzüge dieses letzteren Systems im Allgemeinen auseinanderzusetzen, kann ich unterlassen, indem ich mich demjenigen anschließe, was das mehrerwähnte Gutachten darüber sagt. Allerdings, was hier Güterverbindung oder Gütereinheit genannt wird, ist eigentlich Gütertrennung, wie Professor Brunner auf dem letzten Juristentage (Verh. II. 66) richtig bemerkt hat, und es beginnt daher das dies System befolgende neue Oldenburger Gesetz mit dem Satze: die Eheleute leben in getrennten Gütern. Damit soll indessen doch nur im Gegensatze zur allgemeinen Güterverbindung gesagt sein, daß durch Eingehung der Ehe eine Veränderung in den Eigenthumsverhältnissen oder in Bezug auf die Rechtssubjecte des Vermögens der Ehegatten nicht eintritt. Denn die dem Ehemanne überwiesene Verwaltung des Vermögens der Ehefrau und sein Recht, dasselbe zum Zwecke der Ehe zu benutzen, begründen doch eine Einheit des ehelichen Vermögens, wie es auch das Wesen der Ehe mit sich bringt, daß der Ehefrau der Mitgebrauch des ehemännlichen Vermögens zusteht. Das Güterrechtssystem der ehelichen Verwaltungs-Gemeinschaft entspricht sowohl der germanischen Auffassung der Ehe, wie sie schon in den ältesten Rechtsdenkmälern uns entgegentritt (vgl. Schröder in der histor. Zeitschrift XXXI. 292) als auch den Anforderungen und Anschauungen der Gegenwart. Es soll einerseits dem Ehemanne die Möglichkeit gewährt werden, sich des Frauenguts in seinem Geschäfte zu bedienen, und zur Bestreitung der Lasten der Ehe nach bestem Ermessen zu gebrauchen, andererseits soll das Vermögen der Frau thunlichst gegen Verluste gesichert und für den Unterhalt der Wittwe gesorgt werden. Es sind dies meines Erachtens die wesentlichen Punkte, welche bei einem für allgemeine Geltung bestimmten Güterrechte in Betracht kommen müssen, und die in dem Systeme der Güterverbindung sich vorzugsweise wahren lassen. Im Einzelnen auszuführen, wie dies geschehen könnte, oder die Satzungen dieses Systems zu besprechen, wozu etwa eine Kritik des Oldenburger Gesetzes die Handhabe bieten würde, scheint mir hier nicht am Platze.

Wenn ich nun aber auch das System der Verwaltungs-Gemeinschaft unter den in Deutschland herrschenden Güterrechtssystemen für das geeignetste

Digitized by Google

zur Verallgemeinerung halte und sehr wünsche, daß diese Gestaltung des ehelichen Güterrechts nicht nur auf dem Papiere als eine einheitliche erscheine, sondern sich auch in Wirklichkeit die allgemeine Geltung erringe, so kann ich doch nicht glauben, daß ein solcher Wunsch sehr rasch in Erfüllung gehe und kann es ebensowenig für gerathen erachten, durch das Gesetz die abweichenden Formen des Güterrechts sofort zu beseitigen. Dieselben haben sich nun einmal historisch ausgebildet und zwar in der Weise, daß sie — Ausnahmen abgerechnet, — sich nach großen Gruppen geographisch auf die deutschen Länder und Stämme vertheilen: in Norddeutschland ist vorzugsweise Gütereinheit, in Süddeutschland partikuläre und Errungenschafts-Gemeinschaft, in Mittel- und Ostdeutschland allgemeiner Güterverband das herrschende System. Während es nun keinem Zweifel unterliegen kann, daß es den Eheleuten nicht gestattet sein darf, in ihren Eheverträgen das bisher an dem betreffenden Orte bestandene Güterrecht in allgemeinen Ausdrücken aufrecht zu erhalten (was hierüber in dem Gutachten I. 70 gesagt ist, bedarf keiner weiteren Erörterung), muß das neue Gesetz dem Umstande Rechnung tragen, daß sich, wenn auch nicht in allen, doch sicherlich in gar manchen Gegenden eine Anhänglichkeit an den gewohnten Güterstand zeigen wird, und es muß daher als eine nicht zu umgehende Aufgabe des neuen Gesetzes erscheinen, neben dem Rechte der Gütereinheit auch die anderen Rechte der allgemeinen und partikulären Gesetzgebung sowie der Errungenschaftsgemeinschaft zu codificiren und dadurch auch für jede dieser verschiedenen Gestaltungen des Güterrechts eine einheitliche Auffassung herbeizuführen. Es genügt nicht, wie das Gutachten will, nur eins dieser andern Systeme in das Gesetz aufzunehmen, sondern sie haben alle den gleichen Anspruch auf Beachtung. Den Parteien steht dann das Recht zu, zwischen diesen verschiedenen Systemen frei zu wählen und in ihren Eheverträgen noch weitere Bestimmungen zu treffen. Ich stimme hierin der Ansicht Brunners (Verh. II. 67) bei. Aber der Zweck des neuen Gesetzes, eine Einheit des Ehegüterrechts für ganz Deutschland zu begründen, und was nicht auf einmal erzwungen werden kann, allmälig herbeizuführen, darf darüber nicht außer Acht gelassen werden. Deswegen scheint es mir nicht richtig, die verschiedenen Systeme geradezu als gleichberechtigt neben einander zu stellen, sondern es wäre das System der Gütereinheit in so fern als dispositives Recht zu erklären, daß es bei allen den Ehen als maßgebend zu gelten hätte, für die nicht die angehenden Eheleute ausdrücklich ein anderes Recht wählen.

Digitized by Google

IV.

Gutachten des Herrn Professor Dr. Nißen in Straßburg

über die Gesetzgebungsfrage:

Soll im Falle der Freisprechung (oder der Nichterhebung der Anklage) für die Untersuchungshaft eine Entschädigung gewährt werden?

Wir müssen von unserer Erörterung zunächst die Frage gesetzwidriger Haft aussondern. Wo es an den gesetzlichen Voraussetzungen für die Handlungen der Behörden gebricht, scheint mir ein gegründeter Zweifel nicht möglich zu sein, ob durch derartige Handlungen eine Entschädigungspflicht erzeugt werde oder nicht. Schon das römische Recht (vergl. Pr. J. de injur. IV. 4) gewährt dem von Iniquität Betroffenen eine ästimatorische Injurienklage, und unser heutiges Rechtsbewußtsein weist uns auf den Staat als den eigentlichen Verpflichteten hin. Im kanonischen Recht wird die Stadt zahlungspflichtig durch justitielle Uebergriffe ihrer Behörden (vergl. c. 7 X. de injuriis V. 36). Dem germanischen Recht scheint zwar die Haftung des Gesammtwesens für die Handlungen des Beamten fremd gewesen zu sein, die Verantwortlichkeit des Beamten selbst jedoch ist unbestreitbar. Es haftet der Graf, der mehr pfändet, als die Forderung beträgt. Der Sachsenspiegel II. 34 und III. 45 billigt dem gesetzwidrig Verhafteten die sog. Sachsenbuße zu; die Carolina, art. 20, erklärt den ohne genügende Anzeichen Gefolterten für befugt, von Obrigkeit oder Richter die gebührende Ergötzung für Schmach, Schmerzen, Kosten und Schaden zu fordern. Wenn trotzdem die neueren Gesetze an dieser Frage der Entschädi-

Digitized by Google

gung meist stumm vorübergehen, so liegt diesem Schweigen meines Erachtens dasselbe Princip zu Grunde, welches überhaupt das Strafrecht seit lange beherrscht hat, daß nämlich die öffentliche Strafe jedwedes Privatinteresse absorbire. Bei der Dehnbarkeit der gesetzlichen Voraussetzungen für Verhaftung ist es kaum möglich, eine gesetzwidrige Haft zu konstatiren, ohne daß man zugleich mit einem Amtsmißbrauch zu thun hätte, dessen strafrechtliche Verfolgung dann die Schadenfrage verschwinden läßt. — Das französische Recht hat den ältern, nüchterneren Standpunkt bewahrt. Sein Code pénal art. 117 schreibt vor, daß bei widerrechtlicher Haft eine Entschädigung zu gewähren ist, welche nicht unter 25 Franken für den Tag normirt werden darf. Indeß ist es ein öffentliches Geheimniß, daß man in Frankreich mit dem Begriff „widerrechtlich" sehr lax umgeht, und daß man nicht wohl über die entschuldigende Erklärung: daß man sich geirrt habe, hinauskommt. — Das einzige Land, in welchem wirklich praktische Garantien bestehen, ist England. Dort sind Voraussetzungen, Form und Dauer der Haft so genau umschrieben, daß über Rechtmäßigkeit und Widerrechtlichkeit kein erheblicher Zweifel möglich ist, und neben diesen festen Linien steht das unbezweifelte Recht jedes Engländers, „to apply to courts of justice for redress of injuries".

Wenden wir uns nunmehr zu unserer eigentlichen Aufgabe.

Der Staat hat dafür zu sorgen, daß nicht der bei Findung des Urtheils entstehende Zeitverlust zum Verlust des Rechtes sich gestalte. Wo daher nicht unmittelbare Entscheidung möglich ist, da muß die spätere Rechtshilfe sicher gestellt werden durch Maßregeln, welche nach beiden Seiten hin dem Urtheil zur Durchführung verhelfen. Die hauptsächlichste Maßregel dieser Art ist bekanntlich der Arrest von Sachen und Personen.

Wenn in Civilsachen ein schlechter Arrest stattfindet, so ist unzweifelhaft der Impetrant verpflichtet, den Arrestanten zu entschädigen, sobald sich nachträglich herausstellt, daß die Sicherungsmaßregel keinen wirklichen Rechtsgrund hatte. Wer der Impetrant ist, das ist irrelevant; auch der Staat selbst ist entschädigungspflichtig, sobald er zur Sicherung privatrechtlicher Ansprüche Maßnahmen begeht, die ihm Seitens der Gerichte nur unter der Voraussetzung gegeben werden, daß die von ihm dargelegten Wahrscheinlichkeiten sich schließlich als Wahrheiten erweisen. Die überaus dürftige Gestaltung freilich, die in Deutschland der Schadenprozeß erhalten hat, ist mannigfach der Grund geworden, daß der Arrestirte es vorgezogen hat, seinen Anspruch überhaupt nicht geltend zu machen; im Gebiet des französischen Rechts lehrt die tägliche Erfahrung. wie zweischneidig es ist, in die freie Verfügung eines Mitbürgers einzugreifen; denn nicht nur die Kosten, sondern auch die frei

Digitized by Google

vom Richter zu schätzenden dommages-intérêts warten im Hintergrunde, sobald die Voraussetzungen, unter welchen die Gerichte provisorische Rechtshilfe gewähren, sich nicht als stichhaltig erweisen.

Liegt ein Grund vor, diese Sätze für Criminalsachen anders zu gestalten?

Offenbar darf man für die Beantwortung dieser Frage nicht auf die Stellung und Verantwortlichkeit des Richters recurriren; nicht die richterliche Funktion, sondern die anklagende ist es, welche den Ausgangspunkt darbietet. Das ist nicht selten verkannt worden, weil man die Fragen in demjenigen Gleise weiter führte, in welches sie durch die inquisitorische Procedur geleitet waren.

Wo unter Passivität des Staates die Anklage den Händen von Privaten überlassen ist, da bieten sich zwei Mittel zum Schutz gegen grundlose Anklage dar, civilrechtlicher Schadenersatz und strafrechtliche Ahndung. Der Gesetzgeber hat zwischen beiden die Wahl; er wird für einfache Fälle mit dem ersten, für schwerere mit dem zweiten hauptsächlich operiren, wodurch eine Cumulation in beiden oder in einem Falle nicht ausgeschlossen ist. Werfen wir einen flüchtigen Blick auf die geschichtlichen Phasen, welche diese Frage durchlaufen hat.

Bei den Römern steht der Ankläger unter der inscriptio, er setzt sich der gleichen Strafe aus, welche er dem Angeklagten aufbürden will. Gemeiniglich faßt man diese Bestimmung so auf, als ob nur bei einer besonders zu erweisenden calumnia diese Talion eingetreten wäre. Dem ist jedoch nicht so. Die Freisprechung des Angeklagten involvirt vielmehr die Calumnia des Anklägers, wenn diesen nicht besondere Gründe von derselben befreien. Solche Gründe sind allerdings nicht selten, sie bestehen z. B. schon in naher Verwandtschaft; aber indem die Quellen in solchen Fällen ein Anklagerecht sine periculo calumniae geben, sagen sie unzweideutig, daß ausnahmsweise hier noch ein besonderer Anhalt für die Annahme der Calumnia erforderlich sei. Die entgegenstehende Ansicht würde dahin führen, den privilegirten Personen alle geradewegs calumniosen Anklagen straflos zu gestatten.*)

Für die Entschädigungsfrage andererseits fehlt es an ausdrücklichen Quellenzeugnissen. Nur für Sclaven, welche in Folge der an sie erhobenen Anklage gefoltert werden, ist die Pflicht des Anklägers, den dominus zu zu entschädigen, in l. ult. D. de calumn. 3. 6. ausgesprochen. Möglich wäre, daß die stets vom Ankläger zu bestellende Sicherheit pro exercenda lite

*) Vgl. l. 2 § 3 C. his qui latrones 9. 39.; l. 5 C. qui accusare non possunt 9. 1.; l. 2. 8. C. de calumn. 9. 46.

Digitized by Google

im Fall der erfolglosen Anklage dem Angeklagten zugesprochen würde; möglich auch, daß zur Zeit Justinians die Persönlichkeit der bekanntlich regelmäßig bezahlten Ankläger diese Frage zu einer unpraktischen machte, und man in der drohenden Criminalstrafe die einzige Deckung zu erblicken sich gewöhnt hatte. Daß es dem Sinne des klassischen Rechts entspricht, dem Ankläger eine Entschädigungspflicht aufzuerlegen, weil nicht der Angeklagte durch eigene Schuld die Anklage auf sich gelenkt hat, das erscheint mir zweifellos, auch wenn sich dafür keinerlei direkte Zeugnisse aufbringen lassen.

Was insbesondere die Untersuchungshaft anbetrifft, so ist dieselbe nicht ohne Weiteres mit der heutigen zu vergleichen. Zur Zeit der Republik hing sie dergestalt mit der in Frage stehenden Strafe zusammen, daß sie stets erfolgte, sobald es sich um Todesstrafe handelte; wogegen die bevorstehende Verbannung den Angeklagten auf freiem Fuß ließ, so daß er der Entscheidung durch freiwilliges Exil zuvorkommen konnte (vgl. Zumpt, Criminalprozeß S. 165 ff.). Unter den Kaisern wurde auf Andringen des Anklägers der Angeklagte in Gewahrsam genommen, aber auch der Ankläger unterlag derselben Möglichkeit, deren Anwendung ausschließlich durch das freie Ermessen der Behörde herbeigeführt wurde. Ich möchte daher annehmen, daß abgesehen von bewußter calumnia keine Verantwortung für die Haft selbst bestand, wegen deren man sich meines Erachtens nur an die Obrigkeit hätte halten können.

Auch im Gebiete der germanischen Rechtsquellen stoßen wir auf dieselbe strafrechtliche Verantwortung für unbegründete Anklage, und Wilda, Strafrecht S. 760, ist wiederum der Ansicht, daß es sich nur um bewußt falsche Anklage handle, obgleich die Stellen nur von fälschlicher Beschuldigung sprechen. In der That läßt es sich praktisch wohl nicht von der Hand weisen, in Zeiten der Privatanklage den Ankläger regelmäßig verantwortlich zu machen, sobald er seine Anklage nicht durchführen kann. Für die germanischen Rechtsgebiete liegt darin um so weniger Ueberraschendes, als die Parteien bekanntlich unter der Möglichkeit des Zweikampfes standen, wodurch ohnehin die gleiche Gefahr für beide begründet wurde. Ich möchte daher auch nicht der Ansicht Wilda's beitreten, daß die in einzelnen Quellen aufgestellte Talion erst aus fremden Rechten eingedrungen sei. — Während aber die Volksrechte von Wette und Talion reden, geht der Sachsenspiegel einen durchaus andern Weg: der unterliegende Ankläger ist an sich nicht strafbar. Die Glosse erklärt, das sei vorgeschrieben, um mehr Lust zum Recht als zum Selbstrecht bei den Sachsen zu erzeugen. Wer aber den Andern peinlich fürladet, den trifft im Fall des Unterliegens nicht nur die regelmäßige Wette, von welcher auch die leges barbarorum sprechen, sondern

Digitized by Google

zudem die Buße an den Angeklagten; dasselbe ist Rechtens, wenn der Ankläger seine Anklage fallen läßt. Sachsenssp. II. 8. So steht der Ankläger auf der einen Seite günstiger, auf der andern ungünstiger, und hierzu kommt noch (woran die sächsisch-thüringische Praxis bis in dieses Jahrhundert hinein festgehalten hat), daß der Ankläger pflichtig ist, dem Angeklagten die sogenannte Sachsenbuße zu zahlen, falls die grundlose Haft auf Antrag des Anklägers verhängt wurde.

Demnach ist dem älteren deutschen Recht nur die Strafe und keine Entschädigung bekannt, und nach Sachsenspiegelrecht trifft den Ankläger nicht einmal in allen Fällen eine Strafe; im römischen Recht hingegen steht neben der Bestrafung höchst wahrscheinlich die Verbindlichkeit zur Entschädigung. Beide Gesichtspunkte dürften im Zusammenhange mit den großen leitenden Grundsätzen sein: wo man für die Erledigung des Streites auf formelle Mittel angewiesen ist, da liegt es nahe, dem Ankläger nicht so großen Vorwurf aus dem Mißlingen zu machen, als wo es ihm möglich ist, das Gericht durch rationelle Gründe von der Richtigkeit seiner Behauptungen zu überzeugen.

Das spiegelt sich in dem System ab, welches die Carolina aufstellte. Für die eigentliche Beweisung hatte sie stark begrenzte formale Gesichtspunkte, dagegen für die Folterung nahm sie ziemlich die materielle Beweistheorie an. Dem entsprechend forderte sie vom Ankläger, daß er seine Anklage zum Mindesten bis zur Folter erweise. Gelang dem Ankläger das, dann durfte eine freisprechende Entscheidung ihm nur die eigenen Kosten auferlegen, und er war weder einer öffentlichen Strafe verfallen, noch hatte er den Angeklagten zu entschädigen (vgl. Carolina art. 61); gelang dem Ankläger das nicht, dann sollte er dem Angeklagten nicht nur die Kosten des Verfahrens erstatten, sondern ihm auch „vmb sein zugefügte schmach vnd schaden abtrag thun". Das System öffentlicher Bestrafung wurde also völlig aufgegeben, und statt dessen nur die privatrechtliche Entschädigungspflicht aufgestellt, welche dem Angeklagten für die grundlose Schmach und Beschädigung Ausgleichung bringen sollte. Daß hierunter auch eine Entschädigung für die dem Angeklagten zugefügte Haft miteinbegriffen war, kann um so weniger zweifelhaft sein, als Artikel 13 sagt: „vmb solch gefenklich einbringen, schmach vnd schaden". — Für die Erfüllung dieser etwaigen Entschädigungspflicht hatte der Ankläger genügende Sicherheit zu leisten, widrigenfalls er in Gegenhaft genommen wurde (art. 12 ff.). Ob die Anklage von einem Privaten oder von Amtswegen erhoben, das begründete keinen Unterschied; auch der öffentliche Ankläger hatte eventuell Entschädigung zu leisten, auch er stand unter der Möglichkeit der Gegenhaft, und nur insofern trat eine

Digitized by Google

Abweichung ein, als es nach Art. 201 scheint, daß die Entschädigungsforderung gegen den Amtskläger einzig von dessen Obrigkeit erhoben werden durfte, während gegenüber dem Privatkläger dem Angeklagten auch das Prozeßgericht zu diesem Zwecke offen stand. — In einem Falle endlich sollte die Entschädigungspflicht völlig wegfallen, wenn nämlich beim Diebstahl die Freisprechung wegen rechter Noth erfolgte (art. 166); augenscheinlich sah man hier die Straflosigkeit als das Aeußerste an, was man dem Angeklagten gewähren könne, und hielt es für unbillig, dem Bestohlenen außer dem Verlust noch eine Entschädigung aufzuerlegen.

Was wir also heute erörtern, war vor 300 Jahren geltendes deutsches Recht. Die Carolina hat eine ausgedehnte Entschädigungspflicht, welche sie nur dann streicht, wenn der Angeklagte mit Grund gefoltert ist; denn, sagt sie, nach Sag der Rechten muß man sich nicht nur vor Bejahung der Uebelthat, sondern auch vor allem bösen Schein hüten, und wer das nicht thut, der wird seiner Beschwerde selber Ursach.

Wenn nun auch im Lauf der Zeit die Abneigung der Privaten gegen die Erhebung der Anklage mehr und mehr wuchs, so würde augenscheinlich dieser Umstand nicht dazu geführt haben, jene Rechtssätze in Vergessenheit zu bringen, da sie für den öffentlichen Ankläger, wie gezeigt, ebenfalls galten; und wenn auch früher die Folter so freigebig gehandhabt wurde, daß schon nach dem Wortlaut der Carolina selten ein Entschädigungsanspruch ins Leben getreten sein mag, so würde man doch beim Wegfall der Folter sich jener Vorschrift entsonnen haben, wenn nicht inzwischen Richter und Ankläger in eine und dieselbe Person zusammengeflossen wären. Wie hätte man unter diesen Umständen erwarten können, daß derselbe Mann für seine Handlungen, für die von ihm grundlos eröffnete Untersuchung und angelegte Haft den Staat zur Entschädigung verurtheilen sollte? Der ganze Begriff eines Rechtsstreites war nicht mehr anwendbar; dem Bureau gegenüber stand ein Beschuldigter, der mit Verstocktheit nicht die ihm beigemessene That eingestehen wollte, der sich erdreistete, seinem Schamgefühl oder seinem Selbsterhaltungstrieb so weit zu folgen, daß er leugnete und log; zudem war es regelmäßig ein Mensch aus jenen Schichten des Volkes, denen die Regierung eigentlich nur einen Verkaufswerth beilegte. — Eine kurzsichtige Wissenschaft endlich bot die hilfreiche Hand, um, angeblich im öffentlichen Interesse, die Rechte des Individuums zu zerstören, den Strafprozeß zur Realisation des Strafrechts zu stempeln und solchergestalt dem Beamtenthum zu der ganzen Fülle der Macht noch den Schemel verblendeter Allwissenheit unter die Füße zu schieben. Wohl hatten patriotische Männer, wie Justus Möser, Recht, wenn

Digitized by Google

sie darauf hinwiesen, daß die einzige wirkliche Schranke gegen die Macht der Staatsbeamten in den Beweisregeln zu erblicken sei.

An diesem unsern Beispiel zeigt sich aufs Neue der große Werth der Form. Hätte man das Anklagen beibehalten, so würde der Angegriffene niemals zu der Bedeutungslosigkeit eines Objekts herabgesunken sein, und wir wären andererseits nicht dahin gelangt, unsere Staatsregierung völlig vom richterlichen Spruch und damit vom Recht zu emancipiren. Diese intensive Bedeutung der Form offenbart sich deutlich bei einem Blick auf das französische Recht. Bekanntlich hat dort die unglückliche Irrlehre von der Theilung der Gewalten dazu geführt, die Verwaltung vollständig auf sich selbst zu stellen, und das Anrufen der Gerichte nicht ohne ausdrückliche Erlaubniß des Staatsrathes zu gestatten; und trotz alledem hat sich dort und offenbar lediglich durch die Form der Procedur die Praxis unverkümmert erhalten, daß die Gerichte, einmal angerufen, die Verwaltungsbehörden nicht anders behandeln, wie jede andere streitende Privatpartei, und sie, so gut wie jede partie civile, zum Ersatz des verursachten Schadens verurtheilen. Haben Forst-, Jagd-, Octroi- ꝛc. Beamte Sachen wegen angeblicher Delicte mit Beschlag gelegt, und gelingt es ihnen nicht, ihre Verfolgung gerichtlich durchzuführen, so trifft sie, wie jeden Bürger, die Verbindlichkeit, außer der Herausgabe auch den etwaigen Schaden zu ersetzen.*)

Es ist eine der beklagenswerthen Folgen des inquisitorischen Prinzips, daß uns jener Gedankengang völlig abhanden kam. Regierung und Regierte wurden in solchem Grade von einander gezerrt, daß eine große Abstraktionsfähigkeit dazu erforderlich war, beide als Theile eines Ganzen aufzufassen, eine Fähigkeit, welche selbstredend den unteren Volksklassen am Wenigsten beiwohnte. Nicht mehr stritt ein das öffentliche Interesse wahrnehmender Ankläger mit dem Angeklagten vor einem unbetheiligten Richter, wer Recht habe, sondern das omnipotente Beamtenthum griff den Einzelnen an, der an Maßregelung so sehr gewohnt wurde, daß man nicht ohne Grund sagen konnte, er wundere sich, aus einer Collision mit den Behörden ohne Untersuchungshaft, überhaupt noch so glimpflich wegzukommen. Und bis auf den heutigen Tag ist die Wissenschaft bereit genug, um das Ganze als ein schweres Gewitter anzusehen, welches sich über dem Angeschuldigten zusammenzieht, ein „casus“, für welchen man Niemanden verantwortlich machen könne! Offenbar ist die ganze Entwicklung ausschließlich auf Kosten des Angegriffenen vor sich gegangen, dem Stück für Stück seine Rechtsstellung entwunden wurde.

Es ist ein Zeichen der Kleinheit, wenn man sich aufbläst, und die

*) Vgl. Code d'instruction crim. art 159, 191 und Sirey zu 191 — 8.

Digitized by Google

deutschen Staaten haben ihren Bürgern gegenüber sich aufgeblasen. Kaum hat unser Volk eine würdige politische Gestalt wieder erhalten, und schon zeigen sich überall die lebhaften Bestrebungen, den Werth des Einzelnen nicht mehr so gering anzuschlagen und ihn namentlich dem Staat gegenüber höher und sicherer zu stellen. Daß es damit sich um hochconservative Bestrebungen handelt, wer könnte das leugnen? Je mehr der Einzelne fühlt, daß der Staat das Ganze ist, zu welchem er als Theil gehört, je deutlicher er sieht, daß der größere Theil kein anderes Maß kennt, als das für den kleineren angewendet wird, daß für den Einen billig, was für den Andern recht ist, — desto mehr wird seine Liebe zum Gemeinwesen steigen, seine Opferwilligkeit zunehmen. In diesem Sinne erblicken wir ein erfreuliches Zeichen der Zeit in dem Haftpflichtgesetz, in der Wiedereinführung der Buße, in den ausgedehnten Antragsfällen des Strafgesetzbuchs. Alle diese Punkte zeigen, wie allmälig das öffentliche Recht seinen absorbirenden Charakter einbüßt, und gleichsam nach einer Ueberschwemmung die Rechte der Individuen wieder sichtbar werden. Freilich geschieht das bisweilen noch ohne historisches Verständniß, wie das beispielsweise an den Antragsverbrechen wahrzunehmen ist; sie bilden eingestandenermaßen den wunden Fleck unseres Strafgesetzbuches, aber lediglich deshalb, weil der Gesetzgeber übersehen hat, was die Vergangenheit laut predigt, daß man Niemandem gestatten darf, einen Bürger muthwilliger Weise in ein Strafverfahren zu verwickeln.

Auch die Stellung unserer Frage gehört zu jenen Spuren einer besseren Zeit, und Deutschland darf stolz darauf sein, daß sie bei ihm zuerst auftaucht. Durch ganze Jahrhunderte hindurch ist unser Volk zum Nachahmer fremden Geistes und fremder Sitte verurtheilt gewesen; sein Recht und sein Staat zeigen in zahlreichen Zügen ein fremdes, erborgtes Antlitz, und selbst ein so gewaltiger Geist, wie Schwarzenberg, hat den unglaublichen politischen Wirren gegenüber nicht gebührend Wurzel fassen können. Jetzt endlich, wo der langen Resignation ein ungemessenes Glück gefolgt ist, jetzt ziemt es uns auch, mit bedächtigem Muthe unser eigenes Haus zu zimmern und nicht etwa wiederum abzuwarten, bis ein anderes Volk uns lehre, wie man Balken behaut.

Die Untersuchungshaft hat Dimensionen angenommen, welche sich genauer Würdigung völlig entziehen. Nicht nur, daß die Voraussetzungen selbst nur sehr vager Natur sind, was sich nicht vermeiden läßt; die Praxis nutzt auch diese Möglichkeit ungemein aus, so daß nicht selten die Bequemlichkeit der Untersuchung als das Maßgebende erscheint. Wenn Jemand sich selbst anzeigt, welcher Unbefangene würde die Flucht oder Collusion fürchten? Bei zahl-

Digitized by Google

reichen fahrläſſigen Verbrechen ſteht es nicht anders. Weibsperſonen ſind oft ſchon durch Mangel an Mitteln und Kenntniſſen unfähig, weiter wie bis zur nächſten Polizeiſtation zu entweichen, trotzdem ſitzen auch ſie in Unterſuchungshaft. Nicht ſelten dementirt der erkennende Richter den unterſuchenden, indem er trotz der Verurtheilung den Angeklagten auf freien Fuß ſetzt und die Vollſtreckung verſagt. Nimmt man hinzu, daß um der zahlreichen Geſchäfte willen die Haft ſo lange dauert, bis die Sache gelegentlich an die Reihe kommt; daß gegen eine Verſchleppung nur Sicherung in einer, unmöglich in die Details eindringenden Aufſicht gegeben iſt; daß endlich größtentheils Perſonen in Frage ſtehen, welche von ihren eigenen Rechten und den Mitteln, dieſelben geltend zu machen, höchſt dürftige Vorſtellungen haben, denen auch in der weitaus größeren Mehrzahl nicht einmal ein Vertheidiger nahetritt; — erwägt man zu alledem, wie ſogar die eigene Vertheidigung Jemandem nahezu unmöglich gemacht wird, der in Unterſuchungshaft ſich befindet, dann wird man, dies Alles zuſammen genommen, auch heute noch ſagen können, der Angeſchuldigte ſteht nicht viel beſſer als der Schuldige, die Unterſuchungshaft ſchießt über ihren Zweck, die Vollſtreckung zu ſichern, hinaus, und ſtatt Mittel zu bleiben, wird ſie Selbſtzweck, wie ja denn ſogar Juriſten bereit ſind, ſie als eine ganz ſelbſtverſtändliche Folge der verbrecheriſchen That zu bezeichnen.

In Wahrheit wird dadurch der geſetzliche Standpunkt verrückt. Die That hat nur eine Rechtsfolge, die Strafe. Sie iſt ſorgſam normirt und abgewogen mit Rückſicht auf den geſammten Zuſammenhang, aber zwiſchen beide ſchiebt ſich ein Mittel hinein, welches, ohne Verbindung mit der That und außer aller Proportion, den Angeklagten mit einem Uebel belegt, das heute, wo unſer ganzes Strafſyſtem ſich im Weſentlichen um Freiheitsentziehung dreht, einer Strafe zum Verwechſeln ähnlich ſieht. Die Schulung unſeres Denkens, welche uns gewöhnt, an den nächſtliegenden Fragen vorüber zu gehen, weil wir ſie unter anderer Rubrik führen, das zeigt ſich hier als mißlicher Uebelſtand; man hält die ſtrafrechtlichen Folgen für abgethan mit dem Strafrecht und ergiebt ſich mit der Geduld des Syſtematikers darein, daß der Strafprozeß ſeinerſeits Folgen aufſtellt, welche gelegentlich weit intenſiver den Einzelnen treffen. Hätte man den Zuſammenhang im Ganzen und nicht zerſtückelt durch Schematismus vor ſich, ſo würde wohl kein Zweifel ſein, daß man den Zweck das Mittel abſorbiren ließe, indem man ſagte, daß die Strafe allein zu Laſten des Schuldigen falle, und daß der ſtrafende Staat die Mittel, welche er für die Möglichkeit der Beſtrafung aufgewendet habe, dem Betroffenen nur dann auferlegen dürfe, wenn dieſer ſie ſelbſt durch eigenes Verſchulden veranlaßte. Gewiß iſt es unerläßlich, den Organen des Staates unbeſchränkte Befugniß zu geben, den Verdächtigen

Digitized by Google

als Schuldigen zu behandeln; aber erweist sich diese Voraussetzung der Zwangsmittel als irrig, so ist nicht die geringste Berechtigung vorhanden, den einzelnen Bürger außer der Pflicht des Gehorsams auch noch die Verantwortlichkeit für den Irrthum der Behörden aufzulegen.

Es muß daher die ohne positives, prozessualisches Verschulden über den Angeklagten verhängte Haft Seitens des Staates ausgeglichen werden.

Bei einem Verurtheilten hat der humane Richter das längst gethan; wer kennt nicht jene Criminalurtheile, in denen die verbüßte Untersuchungshaft als Strafe angerechnet wurde, ohne freilich das Plus-Minus genau abzuwägen. Auch das Strafgesetzbuch autorisirt bekanntlich zu solcher Anrechnung; daß es nicht weiter gegangen und diese Anrechnung nicht geboten hat, ist meines Erachtens nur die Folge davon, daß man sich die einzelnen Fragen nicht genügend auseinander legte.

Aber während der Verurtheilte seine Untersuchungshaft durch Anrechnung auf die Strafhaft gleichsam ersetzt bekommt, schweigt man von dem Freigesprochenen. „Er mag sich freuen, mit heiler Haut davon gekommen zu sein", scheint der Gesetzgeber zu denken, dem in dieser Hinsicht die volksthümliche Ansicht eben so zur Seite steht, als sie ihm bequem ist. Offenbar steht der Schuldige somit günstiger als der Unschuldige. Und doch ist auf Seiten des Unschuldigen nicht nur sein eigenes, sondern nothwendiger Weise mittelbar auch das Interesse des Staates selbst verletzt. Denn was auch die Strafjustiz für sich und für die Nothwendigkeit der Durchführung des Rechtes sorgen mag, durchaus unrichtig wäre es, diesem Gesichtspunkt gegenüber alle andern Erwägungeu verstummen zu lassen. Die Gesammtheit hat ein erhebliches Interesse daran, den Einzelnen nicht in seiner Freiheit beschränkt zu sehen; einerseits werden die Kosten seines Unterhalts nunmehr ihr auferlegt, mit verhältnißmäßig geringer Aussicht auf Ersatz; andererseits wird der Betroffene aus der Reihe der productiven Kräfte des Volkes gestrichen. Der Staat schneidet nothwendiger Weise in sein eigenes Fleisch, und wie in England die Krone die Anklage wegen eines verlorenen Unterthanen erhebt, so sollte auch bei einer Verhaftung, die sich als grundlos erweist, die Krone selbst erkennen, daß die Interessen der Gesammtheit in Frage kommen, und daß eine Entschädigung des Schuldlosen die Ausgleichung eines selbsterlittenen Schadens involvirt, die von ihr selbst zu betreiben wäre.

Aber, so sagt man, ist denn der Freigesprochene unschuldig?

Verständigen wir uns über die Bedeutung der Freisprechung. Die neueren Gesetze gehen davon aus, und es wird voraussichtlich geltendes deut-

Digitized by Google

sches Recht werden, daß die Freisprechung eine abschließende Wirkung habe. Wer also freigesprochen wurde, der ist strafrechtlich unschuldig. Aus welchem Grunde diese Freisprechung erfolgte, ob aus formalem oder materiellem, ob der Anschuldigungsbeweis mißlang, oder der Entschuldigungsbeweis gelang, ob der Antragsberechtigte seinen Antrag zurückzog oder eine Frist versäumte, oder ob die Gesetzgebung die That nachträglich für straflos erklärte, — kurz, was auch immer der Grund der Freisprechung sein mag, das steht fest, daß gegen den Angeschuldigten jetzt kein strafrechtlicher Anspruch mehr existirt.

Auch in dieser Richtung sind wir noch heute nicht alle der üblen Einwirkungen ledig, welche aus dem Streben des alten inquisitorischen Verfahrens nach materieller Wahrheit entsprungen sind. So lange man die Fesseln der Beweisregeln trug, hatte es einen guten Sinn, zu sagen, daß der Angeschuldigte die That gethan habe, daß man sie ihm aber nicht nachweisen könne. Sobald man aber auf dem Standpunkt steht, daß die staatlich zur Entscheidung berufenen Organe ohne positive Schranken ihre Ueberzeugung von der Schuld zu bilden haben, fällt die Betonung eines trotzdem übriggebliebenen Verdachts als eine unzulässige Subjectivität zu Boden. In thesi giebt es daher keinen abgefeimten Spitzbuben, der sich durchlügt, und was die Minorität der Richtenden oder ein fernstehender Kritiker für Recht hält, das ist eben das Unrecht. Man mag der einen oder andern Institution, beispielsweise dem Geschwornengericht vorwerfen, daß sie in mehr wie nöthiger Weise formale Rechtsgründe ins Leben rufe: aber niemals darf man sich soweit verirren, ein auf formalem Grunde ruhendes Recht um seines Grundes willen nicht als Recht anzusehen und der Vorstellung Raum zu geben, als ob zwei Rechte, ein formales und ein materielles, neben einander existiren könnten. Wer freigesprochen ist, der ist vor dem Rechte unschuldig.

Diese Unschuld hinsichtlich der That ist aber wohl vereinbar mit einer Schuld hinsichtlich der Haft. Sobald der sachlich Unschuldige selbst die Meinung der Behörden hervorruft, daß er der Thäter sei, dann muß auch der Satz gelten, daß man Niemanden für einen Schaden verantwortlich machen kann, den man selbst verschuldete. Das könnte Beginn und Haft der Dauer in gleicher Weise treffen. Wer flieht oder sich fälschlich beschuldigt, der ladet Schuld auf sich, vorausgesetzt, daß im Uebrigen die gesetzlichen Voraussetzungen der Verhaftung vorhanden sind; und wer schweigt oder lügt oder erst zum Schluß mit Vertheidigungsmaterial hervorrückt, welches zu seiner Freisprechung führt, der hat seiner eigenen Schuld es beizumessen, daß sich die gesetzlich zulässige Haft in die Länge zog. Eine Unterstützung des Angreifers ist dadurch augenscheinlich nicht gefordert, wohl aber

Digitized by Google

das Vermeiden aller Handlungen, welche schuldbarer Weise die Haft herbeiführen oder verlängern.

Man könnte geneigt sein anzunehmen, daß stets ein solches Verschulden des Verhafteten vorliege. In der That ist, wie wir vorhin sahen, die Carolina dieser Ansicht; sie meint, Jeder müsse so leben, daß er sich nicht nur vor der Begehung der Missethat, sondern auch vor dem bösen Schein bewahre, sonst habe er sich alles Weitere selbst beizumessen. Allein bei näherer Prüfung ergiebt sich, daß diese Ansicht unhaltbar ist, und daß man auf die schuldloseste Weise in den Verdacht und mit ihm in Haft kommen kann. Wir brauchen nur an die Verwechslung von Personen zu erinnern. Auch hat die Carolina es mit dieser angeblichen Schuld keineswegs ernst gemeint, sondern jene Aeußerungen sollen nur das trübselige Mittel der Folter etwas ausstaffiren; das zeigt sich, sobald man nur bedenkt, daß andernfalls das Gesetz nicht dazu hätte gelangen können, den Ankläger Angesichts solcher culpa des Angeklagten schadensersatzpflichtig zu erklären, was ersichtlich dann auf den Fall hätte beschränkt werden müssen, daß jene culpa des Angeschuldigten durch größere culpa des Anklägers oder gar durch dessen dolus überboten wäre.

Das führt uns zu einer Begrenzung der eben erwähnten Ausnahme. Sobald der Schuld des Angeklagten eine Schuld der Behörde gegenüber tritt, dann gilt auch hier der Grundsatz „culpatum culpa compensatur". Solche Schuld der Behörden würde ich anstandslos annehmen, wo es sich um einen Rechtsirrthum handelt, denn: „jura novit curia". Aber auch auf thatsächlichem Gebiete könnte das Gleiche sich ereignen, sobald die Angaben des Betroffenen unverkennbar irrthümlich wären. In derartigen Fällen würde nicht die Schuld des Verhafteten als Ursache der Haft anzusehen sein, sondern die Schuld der Behörden, und damit kämen wir auf unsre Regel zurück, die wir nunmehr so formuliren können:

„Der ohne sein Verschulden Verhaftete ist für die erlittene Haft zu entschädigen."

Ich glaube nicht, daß Bedenken entstehen werden darüber, ob nur der Staat oder nicht etwa auch der Antragsteller zu dieser Entschädigung verpflichtet sei. Erst wo es sich um wirkliche Betreibung durch den Verletzten handelt, könnte die Frage auftauchen, und damit ist sie zugleich für unsre heutigen Rechtszustände erledigt. Die Verhaftung erfolgt aus Gesichtspunkten des öffentlichen Wohles, und für sie ist daher der Antragsteller auch nur soweit verantwortlich, als er nur bewußtermaßen falsch beantragt hätte. Alsdann würde neben seiner strafrechtlichen Ahndung der Staat anhangsweise

Digitized by Google

Ersatz des Schadens betreiben, welcher ihm durch die Entschädigung des schuldlos Verhafteten zugefügt wurde.

Unser Princip auf diejenigen Fälle anzuwenden, in welchen das Verfahren durch Einstellung, sei es mittelst gerichtlichen Beschlusses, sei es aus eigener Entschließung der Staatsanwaltschaft, beendet wird, trage ich nicht das geringste Bedenken. In gleicher Weise lassen sich die Fälle nach ihm beurtheilen, welche zu einer Verurtheilung und erst auf Rechtsmittel hin zur Freisprechung gelangten, und innerhalb dieser Kategorie macht es wiederum keinen Unterschied, ob jener Verurtheilung bereits eine Exekution gefolgt ist oder nicht. Der Satz steht durch: wo nicht eigenes Verschulden dem Betroffenen die Haft zuzog, da ist der Staat pflichtig, den Schaden zu ersetzen, den er dem Einzelnen im Interesse der Rechtspflege zugefügt hat. Erweist sich die Schuld in der Hauptsache selbst, so hat der Staat die Möglichkeit der Anrechnung, die ich ihm unbedenklich auch dann zugestehen würde, wo die zuerkannte Strafe incommensurabel wäre, dergestalt, daß kein zum Tode Verurtheilter Entschädigung beanspruchen könnte; erweist sich aber die Schuld nicht, so hat der um der Rechtspflege willen Verletzte einen civilrechtlichen Anspruch auf Entschädigung, der, soweit er nicht persönliche Genugthuung, sondern auf vermögensrechtliche Ausgleichung abzielt, auch seitens der Erben geltend zu machen sein würde.

Wie sich nun aber kaum jemals ein Prinzip bis in seinen äußersten Consequenzen durchführen läßt, so ist es auch hier. Daher fragt sich, wie würde sich die Sache im Leben gestalten? und wo ist jene Grenze, an welcher man utilitatis causa das für richtig erkannte Prinzip aufgiebt, weil es an der Sprödigkeit des Stoffes oder an entgegenstehenden Interessen scheitert?

Das Zusammenleben nöthigt uns ein gewisses Opfer unserer persönlichen Freiheit ab, ohne daß wir im Stande wären, diesem Opfer stets eine Schadenforderung gegenüber zu stellen. Wer seine Zeit auch noch so gut in Geld umzusetzen weiß, kommt doch gelegentlich in Lagen, wo er sie, vielleicht sehr wider Willen, hingeben muß ohne Entgelt. Das ist nicht anders im Verkehr mit den Behörden; ihre Geschäftslast ist zu groß, als daß sie unverzüglich jeden neuen Fall erledigen könnten, und wie man bei jeder andern Berührung mit ihnen zu einem gewissen Warten gezwungen sein muß, so kann auch der in Untersuchung Gezogene nicht begehren, daß seine Sache behandelt werde, als ob sie die einzige wären. Die Zeiten sind vorüber, wo man den Verbrecher Morgens griff, Mittags richtete und Nachmittags henkte. Wollten wir daher unser Prinzip in Widerspruch mit diesen

Digitized by Google

unseren Verhältnissen treten lassen, so wäre dadurch seine praktische Unbrauchbarkeit ohne Weiteres blosgelegt.

Daher müssen ausgeschieden werden alle Fälle, in welchen es sich nur um eine Sistirung, sei es vor die Polizei, sei es vor den Richter, handelt. In ihnen vermöchte ich eine Entschädigungspflicht nur dann anzunehmen, wenn die Behörde culpos gehandelt hätte. Wenn die Polizei einen Subalternen ohne Personalkenntniß anstellt, und dieser um einer zufälligen Aehnlichkeit willen einen bekannten Ortseingesessenen zur Legitimation vor den Commissar führt, dann halte ich die Polizei für schadenersatzpflichtig; warum stellt sie fremde Leute an? Oder wenn der Untersuchungsrichter einem auf Handgelöbniß haftfrei Gelassenen eine Ladung auf den Montag zustellen läßt und am Ende der Gerichtszeit, wo er den Wartenden zufällig persönlich sieht, ihm erklärt, daß das ein Versehen sei, und daß seine Sache erst am Dienstag zur Verhandlung komme, dann ist meines Erachtens der Betroffene berechtigt, Schadenersatz zu fordern. Man muß sich losmachen von der hergebrachten Methode, Handlungen der Behörden rechtlich anders zu beurtheilen, als Handlungen von Privatpersonen. Der Advokat, der Notar, der Banquier, sie haften mit Ruf und Vermögen für einen Schreibfehler; die Behörden aber haben sich von diesen Rechtssätzen emancipirt, und der Beschädigte giebt sich wohl oder übel darein. Rechtliche Zustände liegen erst dann vor, wenn dem unbedingten Gehorsam gegen den Staat seine unbedingte Entschädigungspflicht zur Seite gestellt wird; bis dahin ist das Publikum auf die Loyalität der Behörden angewiesen, ein Umstand, der zur Genüge erklärt, daß diese Anschauung in Beamtenkreisen wenig Anklang finden wird.

Selbst bei Ausschluß der Sistirungsfälle aber wäre das Prinzip noch unbrauchbar. Man muß meines Erachtens den Behörden ein tempus modicum gewähren, um sich über die Sachlage rechtlich wie faktisch aufzuklären. Wie schon jetzt in einzelnen Prozeßordnungen eine Zeit fixirt ist, innerhalb welcher z. B. der Verhaftete von der Polizei an das Gericht abgegeben und wiederum von diesem die Entscheidung über die Verhaftung gesprochen sein muß, so könnte man der Behörde auferlegen, sich binnen einer bestimmten Zeit so weit zu unterrichten, daß sie übersehen kann, ob es bedenklich ist, durch Fortsetzung der Haft dem Staate eine Entschädigungspflicht aufzuladen oder nicht. Solche Zeitbestimmung würde sich passend an die Eintheilungen des Strafgesetzbuches anschließen, indem man bei Uebertretungen etwa einen, bei Vergehen drei, bei Verbrechen acht Tage als ein tempus modicum ansähe, für welches auch der schuldlos Verhaftete keinen Schadenanspruch geltend machen könnte. Dadurch wäre die Gefahr eines Irrthums in billiger Weise auf beide Seiten vertheilt und der neutralen

Digitized by Google

Stellung des Amtes, die zu anderen Erwägungen zwingt, als sie privaten Prätensionen gegenüber am Platze sind, gebührend Rechnung getragen.

Nachdem wir die Existenz und die Voraussetzungen des Entschädigungsanspruches erörtert, fragt es sich jetzt, welchen Inhalt hat derselbe?

Sobald es sich um widerrechtliche Freiheitsentziehung handelt, mag es sich empfehlen, feste Taxen, sei es als ausschließlichen, sei es als minimalen Satz, aufzustellen, wie das ja der Sachsenspiegel und das französische Recht thut. In solchen Fällen tritt das zu büßende Unrecht in den Vordergrund. Anders in unserm Falle, wo vor Allem die Erörterung offen bleiben muß, ob überhaupt eine Beschädigung erfolgt ist? Denn nur die Schäden und nicht auch die Schmach der Carolina halte ich für einen heutzutage brauchbaren Gesichtspunkt. Möglich wäre daher, daß durch die Haft gar keine Beschädigung zugefügt wäre, z. B. wo man es mit einem notorisch arbeitsscheuen Subject zu thun hätte, oder wo die Zeit der Haft mit einem Strike des betreffenden Gewerkes zusammenfiele u. s. w. Dadurch soll nicht gesagt sein, daß ein besonderer Nachweis eines Schadens gefordert werde; das Gericht wird, wie man allmälig wohl überall anerkannt hat, nach freiem Ermessen Existenz und Höhe des Schadens abschätzen. Hinsichtlich der Höhe indeß wird es sich ebenfalls wieder darum handeln, dem Prinzip eine brauchbare Gestalt zu geben, die es nicht haben würde, wenn man das Interesse nach gewöhnlichen Regeln wollte liquidiren lassen. Es ist daher eine gesetzliche Maximalgrenze festzusetzen, über welche hinaus keine Entschädigung Seitens des Staates geleistet würde. Ich nehme an, daß 20 Mark eine passende Summe sein würde, die sich einerseits als Maximalsatz für unsere Frage, andererseits als Minimalsatz für widerrechtlich erlittene Haft verwenden ließe, wobei es, nebenbei bemerkt, sich empfehlen dürfte, die Haftung des Staates für seine Beamten im zweiten Fall auf jenen Minimalsatz zu beschränken und die Geltendmachung weitergehender Ansprüche nur gegenüber dem widerrechtlich handelnden Beamten freizulassen.

Was endlich die Geltendmachung des Anspruches anbetrifft, so glaube ich, hat die Carolina durchaus den richtigen Weg vorgezeichnet, indem sie dem Berechtigten die Wahl zwischen anafforischer Geltendmachung im Strafgericht oder selbständiger vor dem competenten Civilrichter freigiebt. Der Fall eingestellter Untersuchung würde keine weiteren Bestimmungen erfordern.

Zum Schluß will ich noch einige Punkte berühren, welche als Gegengründe gegen den von mir vertretenen Standpunkt eingewandt sind. Sie

Digitized by Google

zerfallen in Bedenken theoretischer und in solche praktischer Natur; prüfen wir zunächst die ersteren.

Aus gesetzmäßigem Handeln kann, so sagt man, niemals eine Entschädigungspflicht entspringen. — Diese Argumentation enthält im gewissen Sinne eine petitio principii, da es sich gerade darum fragt, ob eine Entschädigungspflicht gesetzlich etablirt werden soll. Im Weiteren aber identificirt diese Ansicht in unzulässiger Weise Gesetz und Recht. Unsere gesetzlichen Zustände können sehr wohl rechtswidrig sein, und sind es leider in mancher Hinsicht. Angenommen die Steuerbehörde beschlägt Waaren wegen eines Defraude-Verdachts, der sich nachher als grundlos erweist, sie giebt die Waaren dem Eigenthümer zurück und überläßt es ihm, sich über Manco und Verderb so gut zu trösten, wie er kann, ist denn diese gesetzliche Prozedur nicht vollständig rechtswidrig? Pflicht jedes guten Bürgers aber ist, darauf hinzuarbeiten, daß unsere Gesetze soweit wie möglich Recht und nur Recht enthalten. — Ueberdies erweist sich aber jene angebliche Regel schon jetzt überall da als unzutreffend, wo Rechtshilfe vor Richterspruch gewährt wird. Ein Blick auf die einschlagenden Sätze des Civilrechts zeigt, daß jede provisorische Maßregel zu Gunsten des Antragstellers diesem ein Risiko aufbürdet. Ist auf dem Gebiet des Strafrechts das Rechtsbewußtsein verkümmert, so beweist das nur, wie sehr es durch jene tönenden Lehren verdunkelt ist, welche das öffentliche Interesse ausschließlich auf Seiten des Staates und seiner Beamten suchen.

Das „qui jure suo utitur, neminem laedit“ trifft also unsere Sache nicht. Mit dem zweiten theoretischen Bedenken ist es nicht besser bestellt. „Casus non praestantur!“ sagt man; Prozedur und Haft habe der Betroffene als einen casus anzusehen, für welchen er Niemanden verantwortlich machen könne.

Diese Ansicht scheint mir durchaus unbegründet zu sein. Sie geht von einer völlig falschen Bestimmung des Casusbegriffes aus, und spricht genau genommen dem Behördenapparat eine Maschinenqualität zu, indem sie ihn zu verantwortlicher Ueberlegung unfähig erklärt. Wenn Jemand durch eine singuläre Verkettung von Umständen auf die Vorstellung geräth, daß ihm ein Anspruch gegen mich zustehe, dann soll ich diese Vorstellung und ihre praktischen Consequenzen als casus ansehen? Ohne alle culpa meinerseits?

Aber angenommen selbst, es läge wirklich ein casus vor, so lehrt die tägliche Erfahrung, daß die Gesammtheit dem Einzelnen die Wirkungen des casus dafür abnimmt, soweit dieser casus ihn wegen seiner Zugehörigkeit zu diesem Staatswesen betroffen hat. Ich brauche nur an die Beschädigungen zu erinnern, welche der Einzelne bei Aufläufen oder in Kriegszeiten durch Feindeshand erleidet. Hier hat sich bereits die Ueberzeugung Bahn gebrochen,

Digitized by Google

daß die durch die Existenz der Gesammtheit herbeigeführten Gefahren und Schäden auch von der Gesammtheit zu tragen und dem zunächst Betroffenen daher Ersatz zu gewähren ist. In unserem Fall verhält es sich nicht anders, auch in ihm wird Nichts begehrt, als daß die um der Gesammtheit willen begangenen Irrungen auch von der Gesammtheit getragen werden.

Wenden wir uns nunmehr zu den praktischen Einwänden, so hält man entgegen, daß die Strafjustiz durch derartige Maßnahmen gelähmt werde, weil der Druck der eventuellen Entschädigung ihr die Hände binde und dem Staate eine große Kostenlast aufbürde, die zu erhöhen jeder Beamte Anstand nehmen werde. Die „abgefeimten Spitzbuben" würden sich associiren, um ein solches Rechtsinstitut wie die Entschädigungspflicht möglichst für sich auszubeuten.

In allem diesen vermag ich Zutreffendes nicht zu erkennen. Die Kosten, welche dem Staat erwachsen, werden nicht groß sein. Alles plötzliche Eingreifen soll ihm freistehen, und augenscheinlich ist die erheblichste Beschädigung in jener Combination enthalten, in welcher der Staat fordert und fordern muß, daß ihm gehorcht werde unter Vernachlässigung aller andern Pflichten. Wirft man in die andre Wage Alles, was der Staat an Aufwand für Untersuchungsgefangne ersparen würde, so möchte ich glauben, daß sich die pecuniäre Seite zu Gunsten des Entschädigungsprincips stellt. Wie also die Criminalbehörden dadurch erheblich behindert sein könnten, vermag ich nicht zu erkennen. Das würde selbst im entgegengesetzten Falle schwerlich eintreten, da der Reiz der Macht erfahrungsmäßig groß genug ist, um solchen Bedenken nicht großen Spielraum zu lassen. Zudem, was liegt daran, wenn in Folge dieser Einrichtung einer oder der andere Schuldige frei von Haft bliebe, und es ihm dadurch gelänge, zu entwischen? Die Zeiten sind vorüber, in denen man Dank der absoluten Rechtstheorien die Rechtsordnung und den Staat für gefährdet ausgab, wenn nicht jeder Spitzbube die verdiente Bestrafung erfuhr. Das ungeschulte Rechtsbewußtsein, welches wir auf strafrechtlichem Gebiet wahrlich nicht gering schätzen dürfen, sieht in der Bestrafung vorwiegend das völlige oder zeitweise Unschädlichmachen des Verbrechers, und was ist es anders, als eine Anerkennung dieses Gedankens, wenn jetzt der Gesetzgeber sich entschließt, das Contumacialverfahren völlig aufzugeben? — Wohl mag es sein, daß man versuchen wird, die Wohlthat des Rechts auszubeuten, aber dafür haben wir hier wie überall sonst den Schutz des Strafrechts, und die „abgefeimten Spitzbuben" haben sich schon oben als ein Popanz erwiesen, der sich vor der freien Beweiswürdigung verflüchtigt. Bliebe aber auch selbst ein solches Vergehen ungestraft, was bedeutet dann überhaupt die Strafloſigkeit des Schuldigen

Digitized by Google

gegenüber der Schutzlosigkeit des Unschuldigen? Unsre schnelllebende Zeit scheint die vierundvierzig Monate Untersuchungshaft des berühmten Mecklenburger Hochverrathsprozesses bereits vergessen zu haben.

Und einen erheblichen Schutz verspreche ich mir von der Anerkennung der Entschädigungspflicht. Sagen wir es gerade heraus, nicht um den pecuniären Ausgleich ist es uns zu thun, obgleich ja auch durch diesen der Staat nicht fremden, sondern seinen eigenen Theilen neue Kräfte zuführen würde; das eigentlich Entscheidende ist vielmehr, daß nur auf diesem Wege die Justizaufsicht praktisch fruchtbar gemacht werden kann. Sobald die Staatsverwaltung pecuniär interessirt ist, dann wird ihr Interesse an der Freiheit des Unschuldigen weit verständlicher, und um eine genaue Controle des Einzelfalles braucht man alsdann nicht Sorge zu tragen. Wem aber käme dies mehr zu Gute als dem Staate selbst? Wohl hört man oft andere Nationen rühmen, daß bei ihnen die Achtung vor Gesetz und Amt größer sei als bei uns Deutschen; allein der Grund dieser unleugbaren Erscheinung liegt lediglich darin, daß das Recht dort stärker ist als das Amt, und daß der Gehorsam leicht wird, wo man weiß, daß ein rechtswidriges Gebot nur kurze Beine hat. Je höher die Bildung, je größer die Achtung vor dem Recht! aber je größer zugleich die Abneigung gegen Alles, was sich dem Maßstabe des Rechts entziehen kann. Unser Staat und unser Beamtenthum sind mannigfach in dieser Lage, und nicht zum Geringsten liegt die staatslose Gesinnung mancher Volksklassen darin begründet, daß das tägliche Leben so oft zweierlei Maaß hat. Je höher der Staat das Individuum schätzt, je höher schätzen die Individuen den Staat.

Es ist daher ein Gebot der Politik nicht minder als des Rechts, das Entschädigungsprinzip anzunehmen.

Digitized by Google

V.

Gutachten des Herrn Professors Dr. v. Holtzendorff in München

über die Frage:

Kann die Privatanklage im weiteren Umfange als für Beleidigungen in das deutsche Strafverfahren eingeführt werden?

Die Entstehungsgeschichte der neuen auf die Privatanklage bezüglichen Erörterungen läßt erkennen, daß seit der Begründung des deutschen Juristentages vorzugsweise zwei neben einander hergehende Gedankenreihen wirksam gewesen sind: Einmal der weit verbreitete Widerspruch der deutschen Rechtslehre gegen die dem französischen Recht entlehnte Stellung der Staatsanwaltschaft, vornehmlich gegen deren Doppelstellung als Anklagebehörde und Justizaufsichtsorgan, ferner zweitens die Wahrnehmung, daß durch Ausschließung des Adhäsionsprozesses dem durch ein Verbrechen Verletzten durch einzelne Gesetzgebungen die Verfolgung seiner Ansprüche vor dem Strafrichter versagt worden war. Es handelt sich somit bei der Anempfehlung der Privatanklage entweder um eine durch den Rechtszweck geforderte Ergänzung der staatsanwaltschaftlichen Anklagethätigkeit oder um eine Verstärkung des Privatrechtsschutzes vermittelst gewisser strafprozessualischer Funktionen und criminell verletzter Personen.

Wenn bisher in einzelnen Gesetzgebungen die Privatanklage auf die Verfolgung von Beleidigungen beschränkt blieb, so konnte eben hierin ein fester Grundsatz nicht erkannt werden. In Wirklichkeit war dabei die Rücksichtnahme auf die Justizverwaltung vorwiegend gewesen. Man wünschte, die Staatsbehörden von der lästigen Pflicht des Ehrenschutzes und

Digitized by Google

von zahlreichen Injurienſachen zu entlaſten, weiterhin auch die Injurienprozeſſe zu vermindern. Den Intereſſen der Fiscalität entſprach es unter allen Umſtänden, die Koſten der Ehrenſchutzklage einer Privatperſon, ſei es dem verurtheilten Injurianten, ſei es dem obſiegenden Kläger aufzubürden. Den Grundſätzen des Strafrechts iſt jedoch damit ſchlecht gedient, daß Ehrverletzungen ſchlechthin als eine Vergehensklaſſe bezeichnet werden, bei der die geſellſchaftliche Ordnung am wenigſten betheiligt iſt. Es mag hinreichend begründet ſein, die Rechtsverfolgung der Beleidigung lediglich der Privatanklage zu überweiſen, wenn neben der Strafe oder auch ohne eine ſolche auf Geldentſchädigung des Beleidigten überall im Falle der Verurtheilung zu erkennen iſt. Allein es liegt auf der Hand, daß ein ſchwer begreiflicher Widerſpruch geſchaffen wird, wenn die regelmäßige Rechtsfolge der Beleidigung in einer öffentlichen Strafe beſteht, und dennoch die Betreibung des Strafprozeſſes lediglich dem Beleidigten anheim gegeben wird. Mit dem criminellen Charakter der Beleidigung erſcheint es deswegen unvereinbar, die ſtaatliche Anklagebehörde für dieſen Fall ſchlechthin in Unthätigkeit zu verſetzen, oder es in ihr Belieben zu ſtellen, ob ſie die Rechtsverfolgung dem Beleidigten auch dann überlaſſen will, wenn ihr das Vorhandenſein einer Ehrenkränkung nach keiner Seite hin zweifelhaft iſt. Als völlig angemeſſen und in der Natur der Sache liegend erachte ich es daher, daß auch Beleidigungen grundſätzlich durch die ſtaatlichen Organe der Anklage verfolgt werden, und die Privatanklage hier nur ſubſidiär d. h. im Falle verweigerten Einſchreitens dem Beleidigten überlaſſen werde.

Wenn nun gefragt wird, ob in weiterem Umfange, als für Beleidigungen, die Privatanklage in das deutſche Strafverfahren eingeführt werden kann, ſo gehe ich bei der Unterſuchung dieſer Aufgabe überall von der Vorausſetzung aus: daß die Strafverfolgung in erſter Linie eine den ſtaatlichen Behörden, in Deutſchland alſo der Staatsanwaltſchaft von Amtswegen obliegende Angelegenheit iſt, und es ſich lediglich darum handelt, zu prüfen, inwieweit neben der Staatsanwaltſchaft, bedingungsweiſe, zumal im Falle eines von Amtswegen verweigerten Einſchreitens, die Privatanklage zugelaſſen werden könne?

Angeſichts der nach franzöſiſchem Muſter eingerichteten Staatsanwaltſchaft iſt man wohl niemals darüber in Zweifel geweſen, daß es den höchſten Bedenken unterliegt, einer adminiſtrativ abhängigen, dem Juſtizminiſterium untergebenen, Behörde ausſchließlich das Recht der Strafverfolgung zu übergeben. Die Schöpfer des franzöſiſchen Strafprozeſſes und der franzöſiſchen Gerichtsorganiſation ſind darüber nicht zweifelhaft geweſen.

Sowohl in Frankreich, wie in einzelnen deutſchen Geſetzgebungen iſt daher verſucht worden, den Gefahren einer ausſchließlichen Anklagebefugniß

Digitized by Google

der Staatsanwaltschaft präventiv durch Gesetzgebungsvorschriften zu begegnen. Es kommen dabei in Betracht: 1) das Recht der Appelhöfe oder höchsten Gerichte, die Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung auch gegen ihren Willen anzuhalten; 2) das analog den Raths- oder Strafkammern nach beendigter Voruntersuchung zustehende Recht; 3) das Recht des Richters entweder concurrirend oder äußersten Falles, wenn Gefahr im Verzuge ist, unabhängig von einem staatsanwaltschaftlichen Antrag einzuschreiten; 4) die Forderung, daß die Staatsanwaltschaft mit dem vollen Rechte richterlicher Unabhängigkeit und Unabsetzbarkeit ausgestattet werde und 5) die mehr doctrinäre, praktisch nicht zu kontrollirende Vorschrift des sogenannten Legalitätsprinzips, nach welchem die Staatsanwaltschaft verpflichtet sein soll, in allen Fällen einer zu ihrer Kenntniß gelangenden Strafgesetzesverletzung einzuschreiten.

Die Organisationsfrage, welche die Staatsanwaltschaft zum Gegenstande hat, lasse ich hier um so mehr unerörtert, als sie auf verschiedenen Juristentage erschöpfend besprochen worden ist. Der Gegensatz der Meinungen besteht bis jetzt nahezu unverändert fort. Als wahrscheinlich ist anzunehmen, daß die vom braunschweiger Juristentage formulirten Forderungen nicht voll verwirklicht werden dürften und daß man die Beamten der Staatsanwaltschaft in ihrer bisherigen Rolle als abhängige Justizbehörde belassen wird. Wenn ich jener Organisationsfrage hier gedenke, so wünsche ich eine seit 1810 in Europa rechtsgeschichtlich gewordene Thatsache festzustellen, nämlich: daß sogar unter despotischen Militärregierungen es überall als gefährlich angesehen worden ist, der ständigen Anklagebehörde des Staats ein ausschließliches, lediglich von dem Verwaltungschef zu kontrolirendes Anklagerecht einzuräumen, und sodann

> damit man nicht sagen dürfe: es seien etwa theoretische, der neueren Prozeßlehre entsprungene Bedenken, aus denen eine Abhilfe etwaiger Mißstände angerathen wird.

Gegenüber dieser rechtsgeschichtlichen Thatsache ist es auch durchaus unerheblich, daran zu erinnern, daß in freieren Staatswesen und bei zunehmender Entwickelung parlamentarischer Kontrole jene Gefahren wesentlich vermindert werden möchten. Ganz im Gegentheil, ist die Voraussage wohl berechtigt, daß in der Zunahme des Parteiwesens, in der Entwickelung scharfer, nach politischer Geltung ringender Gegensätze, in dem Zusammenhange der Ministerien mit den großen Majoritäten, in dem schnelleren Wechsel der Regierungsinteressen, Gründe gegeben sind, welche das Gewicht früher vorhanden gewesener Besorgnisse erheblich verstärken.

Digitized by Google

Die Organisation unsrer Staatsanwaltschaft nöthigt dazu, die subsidiäre Privatanklage als eine wesentliche Garantie der strafrechtlichen Ordnung ins Auge zu fassen.

Im Allgemeinen hat sich seit Jahren in weiten Kreisen die Ansicht eingebürgert, daß es nützlich sein würde, die subsidiäre Privatanklage nicht blos in Fällen der Beleidigung, sondern überall da zuzulassen, wo entweder auf Antrag des Verletzten einzuschreiten ist, oder eine bestimmte gegen Einzelrechte gerichtete Verletzung vorliegt, so daß also bald im weitern, bald im engern Umfange die Person eines Beschädigten dabei vorausgesetzt würde. Der Einfluß dieser auf eine Erweiterung des Privatrechtsschutzes oder auf Befriedigung eines rein persönlichen Genugthuungszwecks abzielenden Forderungen ist in den Bestimmungen des Entwurfs zur deutschen Strafprozeßordnung wahrnehmbar.

Ich selbst habe in meinen 1864 und 1865 veröffentlichten Schriften über die Reform der Staatsanwaltschaft darzuthun versucht, daß die Privatanklage subsidiär auf alle strafbaren Gesetzesverletzungen ohne Ausnahme zu erstrecken sein würde, und daß der wesentliche Nutzen einer solchen Einrichtung nicht in einem erweiterten Privatrechtsschutze, sondern vielmehr in der Herstellung werthvoller Garantien des öffentlichen Rechtsschutzes zu erkennen sein würde.

Inzwischen ist dieselbe Auffassung der Privatanklage, welche viel besser als staatsbürgerliche Anklage zu bezeichnen sein dürfte, ausführlich von Gneist in seiner Schrift „Vier Fragen zur deutschen Strafprozeßordnung" (Berlin 1874) begründet worden. Meinerseits halte ich diese neueste Beweisführung für so überaus überzeugend, daß ich mich schon deswegen eines in die Einzelheiten eingehenden Gutachtens überhoben glauben möchte.

Gneist scheint mir an der Hand der rechtsgeschichtlichen Ueberlieferung und in klarer Darlegung der gegenwärtigen Zustände des öffentlichen Rechts den in den Motiven des deutschen Strafprozeßordnungs-Entwurfes enthaltenen Satz:

> „daß aber die Gesetzgebung heute nicht mehr zur Popularklage des römischen Rechts zurückkehren dürfe, eine solche sich vielmehr mit den heutigen deutschen Rechtsanschauungen im grellsten Widerspruch befinden würde, bedarf keiner Ausführung" —

siegreich widerlegt zu haben, soweit damit die Ausschließung der subsidiären Privatanklage vom Gebiet der öffentlich rechtlichen Strafgesetzverletzungen begründet werden sollte. Nebenbei wäre freilich eben derselbe Satz als schief gefaßt zu bezeichnen. Denn um eine Rückkehr zur römischen Popular-

Digitized by Google

klage, als dem alleinigen Strafverfolgungsprinzip, handelt es sich überhaupt nicht, sondern nur darum, ob neben dem (im römischen Recht) fehlenden Grundsatze der öffentlichen, durch ständige Staatsorgane betriebene Anklagethätigkeit, außerdem bedingungsweise und ergänzend, im Sinne einer vervollkommneten Rechtsordnung die staatsbürgerliche Anklage wünschenswerth ist.

Als ein unumstößliches Resultat unserer strafprozessualischen Entwickelung steht für unsere Culturzustände nur die Negative fest: die Anklageerhebung und Strafverfolgung darf weder eine Angelegenheit der urtheilenden und untersuchenden Gerichte noch auch des Beliebens einzelner Privatpersonen sein. Zwischen diesen Negationen liegen aber andere Möglichkeiten, beispielsweise: 1) die Staatsanwaltschaft als alleiniges Anklageorgan oder 2) die Staatsanwaltschaft mit hinzutretender subsidiärer Anklage der Staatsbürger oder 3) die staatsbürgerliche Anklage als erstes Recht mit hinzutretender subsidiärer Ergänzung durch eine ständige Behörde — welche letztere Entwickelung durch den Gang des bisherigen englischen Strafprozesses sehr leicht für England möglich werden könnte, oder 4) Staatsanwaltschaft und Privatanklage, concurrirend nach dem Grundsatze der Prävention.

In Deutschland sind wir, wie mir scheint, durch Vergangenheit und Gegenwart auf die Ergänzung der ständigen Anklagebehörde durch allgemein staatsbürgerliche Anklage deutlich hingewiesen.

Es ist unzulässig, die Untersuchung dieser Verhältnisse durch den Einwurf abzuschneiden, daß man der Staatsanwaltschaft nicht mißtrauen dürfe. Wenn der Strafrichter gegenwärtig in der Mitwirkung des Laienelements nach dem Prinzip der kollegialischen Gleichberechtigung in der schwurgerichtlichen Urtheilsfällung nichts Anstößiges mehr erkennt —, wäre es da für die Staatsanwaltschaft irgendwie ehrenmindernd, wenn hinter ihr, unter Wahrung ihres Vorrangs, das Laienelement zu einer Mitwirkung an der Rechtsaktion der Anklage berufen wird?

Es ist ein natürliches Gesetz, daß jede Arbeitstheilung zu einer mit der Gewohnheit und Zeitdauer wachsenden Einseitigkeit der Berufsanschauungen führen muß. In langjähriger juristischer Praxis bildet die tägliche Wiederholung genau bestimmter Arbeiten Typen des Inquirenten, des Gerichtsvorsitzenden, des Advokaten, des Staatsanwalts aus den vorhandenen persönlichen Kräften heraus. Aus der Bedeutung einseitiger Gewöhnungen des ständigen Richteramts schöpft das Schwurgericht ein Element seiner Existenzberechtigung; aus der berufsmäßigen Gewöhnung des ständigen Anklägers und seiner administrativen Stellung entnimmt auch die staats-

Digitized by Google

bürgerliche Anklage ihren Anspruch auf juristisches Dasein. Neben den wechselnden Ministerien, neben den beweglichen Tendenzen der sich den Zeitbedürfnissen anpassenden Anklagebehörde, repräsentirt auf dem Gebiete des Strafrechts gerade die staatsbürgerliche Anklage das vernünftig conservative Element der Continuität im Rechtsgefühl des Volkes, welches sich dagegen sträubt, daß eine Handlung heute unverfolgt bleibe, welche vor einigen Wochen mit einer Anklage bedacht wurde, daß in der Staatsanwaltschaft ein administratives, lediglich der ministeriellen Kontrole unterliegendes Abolitions- und Begnadigungsrecht constituirt werde.

Gegen die staatsanwaltschaftlichen Begehungsfehler eines übermäßigen Verfolgungseifers gewährt die richterliche Prüfung der Anklage Schutz. Gegen die staatsanwaltschaftlichen Unterlassungsfehler, welche gleichsam eine incognito im Verwaltungswege geübte Begnadigung darstellen, vermag nur die allgemeine Durchführung der staatsbürgerlichen Anklage hinreichend zu schützen.

Es ist unnatürlich, sich die Menschen, zumal die Staatsbeamten, im Wege doktrinärer Abstraktion gleichsam wie in einem luftleeren Raume, unbeeinflußt von einer bestimmten politischen Atmosphäre vorzustellen. Sehr viele Männer, deren Charakter völlig vorurtheilsfrei bleibt, unterliegen den mannigfachsten Einflüssen, ohne daß ihnen deren Vorhandensein jedesmal zum Bewußtsein kommt. Sie handeln einseitig und doch zu gleicher Zeit durchaus bona fide. Eben deswegen kann es niemals eine ungerechte Anschuldigung sein, wenn man sich die Staatsanwaltschaft umgeben von mannigfachen Interessen und Gegeninteressen des bürgerlichen und öffentlichen Lebens vorstellt und vorausberechnet, welche Einflüsse auf ihr amtliches Verhalten voraussichtlich von nachtheiligem Einflusse sein können. Bei einer solchen Ueberschau stellt sich heraus, daß die Staatsanwaltschaft den geringsten Schwankungen in der Handhabung ihres Anklagerechts unterliegen wird, wenn es sich um gemeine Verbrechen gegen Eigenthum, Leben und Gesundheit handelt. Der ideelle Werth der subsidiären Privatanklage in solchen Fällen soll von mir nicht geleugnet werden; aber ihre praktische Bedeutung scheint mir jedenfalls untergeordnet. Anders verhält es sich mit der Verletzung der öffentlichen Ordnung und besonders mit den Amtsdelikten, wie dies neuerdings noch einmal von Gneist in dessen bereits angeführten Schrift nachgewiesen ist. Die Staatsanwaltschaft wird hier fort und fort von den politischen Parteien auf ihre Neutralität taxirt; sie steht mitten in dem Zusammenhang der amtlichen Interessen, sie theilt alle politischen Phasen der allgemeinen Entwickelung. Nicht nur mit verletzten, sondern auch mit bedrohten und gefährdeten Interessen der Staatsordnung hat sie es zu thun.

Digitized by Google

Denn das sogenannte Opportunitätsprinzip ist aus dem Wirkungskreise der Staatsanwaltschaft niemals zu verdrängen: in ihm liegt die Aufgabe, thatsächliche Vorgänge nach ihrer wechselnden Bedeutung und Wirkung im Sinne der Rechtsinteressen abzuschätzen. Im materiellen Strafrecht finden sich ohnehin mannigfache Verhältnisse gewürdigt, welche der Berücksichtigung der Zeit nicht entzogen werden können. Dahin gehört z. B. der Begriff der „Gefahr" und des „Vorschubleistens". Gewisse Handlungen, welche früher gefahrlos für die Rechtsordnung waren, können bei veränderten Umständen gefährlich werden und endlich hinterher beim Verschwinden eben dieser Umstände wieder ungefährlich sein. Die Abschätzung geschieht in Würdigung der Zeitverhältnisse und beruht insofern auf „Opportunität". Keine Jurisprudenz vermag den weitgehenden Begriff der Gefährlichkeit zu fixiren. Die Staatsanwaltschaft kann eine an sie gelangende Denunciation bona fide zurückweisen, obgleich objektiv nach der Auffassung des Richters und der überwiegenden Meinung der durch ein Verbrechen zunächst berührten Kreise eine Prüfung der Sachlage im Wege gerichtlicher Beweisführung angezeigt sein möchte. Die Gründe, aus denen die Anklagebehörde sich bewogen fühlt, einem Antrage auf Einleitung des Strafverfahrens nicht Statt zu geben, können hauptsächlich diese sein:

1) subjektive Unterschätzung der von den namhaft gemachten Beweismitteln zu erwartenden Wirkung.
2) Annahme eines unzureichenden öffentlichen Interesses an der Bestrafung, wobei unter Anderm daran erinnert werden mag, daß § 4 des deutschen Strafgesetzbuches nach seiner Fassung es in das Belieben der Anklagebehörde stellt, ob eine im Auslande begangene Verbrechensthat bestraft werden solle oder nicht.
3) Annahme des fehlenden dolus in der Interpretation der Willensrichtung.
4) Auslegung eines Strafgesetzes und seiner Tragweite zu Gunsten eines Beschuldigten.

Es soll zugegeben werden, daß die Staatsanwaltschaft durchschnittlich die voraussichtlichen Ergebnisse beigebrachter Belastungsbeweise hinreichend, und so weit es überall möglich, genau taxirt, auch daß es in zweifelhaften Fällen besser ist, eine Verbrechensanzeige auf sich beruhen zu lassen. Ebenso läßt es sich wohl rechtfertigen, daß die im Auslande begangenen Verbrechen nicht blos aus juridischen, sondern auch gleichzeitig aus allgemein politischen Verhältnissen heraus erwogen werden. Dagegen liegt es auf der Hand, daß die Anklage von Rechtswegen beeinträchtigt wird, wenn es lediglich und ausschließlich die Staatsanwaltschaft ist, welche, ohne

Digitized by Google

Rechenschaftslegung außerhalb der etwaigen möglichen Beschwerde im Justizverwaltungswege, darüber befindet, ob die Schlußfolgerung auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines rechtswidrigen Vorsatzes in der Person des Beschuldigten gezogen werden soll. Bei gewissen Kategorien von Vergehungen, z. B. den Amtsdelikten, wird die Prüfung des subjektiven Thatbestandes von so entscheidender Bedeutung, daß die ausschließliche Berechtigung der Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung praktisch gleichbedeutend wird mit der eigenmächtigen Bestimmung der Grenzen, bis zu welchen die Verantwortlichkeit des Beamtenthums für Gesetzesverletzungen ausgedehnt werden soll.

Schwerlich läßt sich leugnen, daß die gesellschaftliche Stellung eines Menschen überall auf Würdigung seiner Absichten von günstigem oder ungünstigem Einfluß gewesen ist und sein wird. Wie man bei übel berüchtigten Personen ehemals davon ausging, „daß man sich der That bei ihnen versehen könnte", und diese Anschauung im älteren Recht sogar prozessualisch wirksam werden ließ, so ist es in umgekehrter Richtung natürlich, daß zu Gunsten des Beamtenthums, wo Beschuldigungen erhoben werden, eine mehr oder weniger ausgedehnte Präsumtion nicht schuldhaften Willens bei der Uebertretung objektiver Gesetzesordnung thatsächlich und gleichsam von selbst, ohne Zuthun einzelner staatsanwaltschaftlicher Beamten, als ein gesellschaftliches Phänomen sich festsetzt und dann innerhalb des Parteilebens noch verstärkt werden wird. Das Wesen aller politischen Parteien besteht darin, daß sie für die Fehler und Vergehungen ihrer eigenen Mitglieder einen anderen und zwar geringeren Maßstab haben, als für die Ausschreitungen ihrer Gegner. Es ist dafür zu sorgen, daß dieser doppelte Maßstab nicht in der Anklagepraxis eine rechtliche Geltung erlange: ein Ziel, welches nur durch die subsidiäre Zulassung der staatsbürgerlichen Anklage und deren Einführung in das Gebiet des öffentlichen Rechtes erreichbar wird.

Diese subsidiäre Anklagebefugniß der Staatsbürger ist, innerhalb des Strafprozesses, der natürliche Rechtsschutz der Minoritäten gegen das wirkliche oder mißtrauisch befürchtete Uebergewicht herrschender Majoritäten. Hierbei kommt es gar nicht darauf an, ob auf dem exakten Wege naturwissenschaftlicher Beweisführung ein irgendwie erheblicher Mißbrauch staaatsanwaltschaftlicher Funktionen dargethan werden kann. Man hat sich vielmehr immer gegenwärtig zu erhellen, daß das öffentliche Vertrauen schlechthin eine ethische Macht in der Rechtspflege ist. Für die Zukunft verbürgt die staatsbürgerliche Anklage, daß unsere im Ganzen sicherlich gesunden Strafrechtszustände vor dem fressenden Rost des Mißtrauens bewahrt bleiben.

Gneist bemerkt sehr richtig: „Eine einseitige Handhabung der Straf-

Digitized by Google

klage durch die ministeriellen Organe demoralisirt an erster Stelle die Regierungsorgane selbst." — „Der Beweis für eine gerechte und gemäßigte Handhabung der Preßgesetze ist von keiner Regierung zu führen, so lange sie die Opposition von einer Anrufung der Gerichte einfach ausschließt."

Welche Anschauungen über die Stellung des Beamtenthums nach und nach herrschend geworden sind, das ergiebt sich auch aus der Handhabung der Disciplinargesetze in größeren, von politischen Parteileben heftiger bewegten Staatswesen. Beamte sind häufig zur Verantwortlichkeit gezogen und bestraft worden wegen „regierungsfeindlicher" Agitationen und Demonstrationen, während umgekehrt dargethan werden kann, daß die gegen die politischen Gegner gerichteten Excesse der Loyalität an Beamten oft ungerügt blieben. Dies ist nach der Natur der Dinge einfach und natürlich, obgleich derjenige, der es in Beziehung auf eine bestimmte Regierung rügen wollte, sich der Gefahr einer gerichtlichen Verfolgung aussetzen würde. Der von der Presse gegen die Staatsanwaltschaft erhobene Vorwurf, eine (nach der Meinung des Rügenden) gerechtfertigte Strafverfolgung unterlassen zu haben, ist oftmals als hinreichender Grund zur Annahme einer Amtsbeleidigung erachtet worden. Seine unparteiische und neutrale Stellung innerhalb der politischen Parteien findet das ständige Organ der Staatsanklage erst durch die Perspektive einer möglicherweise eingreifenden Anklagebefugniß der Staatsbürger.

Man sage nicht, daß die möglichen Unterlassungsfehler der Staatsanwaltschaft und der Vorwurf der negativen Begünstigung eigener Parteigenossen korrigirt werden könne durch den Grundsatz der Ministerverantwortlichkeit oder durch eine Beschwerde bei der der Staatsanwaltschaft vorgesetzten Behörde. Auf dem stets weiten Gebiete der zweifelhaften Fälle (und um diese handelt es sich zunächst) ist es vom Standpunkt der Justizministerien richtig, eine Beschwerde gegen Untergebene zurückzuweisen. Aus diesem Halbdunkel der zweifelhaften Fälle, wo richterliche Anklageprüfung und beziehungsweise richterliche Zurückweisung der erhobenen Privatanklage das dem öffentlichen Rechtsbewußtsein genügende Definitivum schaffen würde, keimt die Aussaat eines gefährlichen, die Parteigegensätze verschärfenden Mißtrauens. Ueberall wird man sich auf Seiten derer, die sich gekränkt wähnen, daran erinnern, daß eine Solidarität der amtlichen Interessen mit denjenigen der herrschenden Parteien der Denkweise der heutigen Zeit entspricht. Es ist unmöglich, daß das Nervensystem eines Justizministers genau dieselben Empfindungen habe für die der Regierung oder der eigenen Amtsverwaltung in der Presse widerfahrenen Rügen und die qualitativ gleichartigen Angriffe auf die Mitglieder einer politischen Opposition. Und überdies ist es nicht ungerecht, im Hinblick auf das Schicksal aller Beschwerdeführung in amt-

Digitized by Google

lichen und nichtamtlichen Verhältnissen auf eines aufmerksam zu machen: Recht zu behalten in seiner Meinung, ist eine weit verbreitete Neigung der Menschen, die sich innerhalb des Beamtenthums zu potenziren pflegt.

Von besonderer Wichtigkeit ist es bei der Prüfung der mir vorliegenden Frage, die eigenthümlichen Verhältnisse des deutschen Reichs ins Auge zu fassen. Wenn in jedem einzelnen Staate möglicherweise die subsidiäre Privatanklage zulässig wäre, könnten immer noch Gründe aus der eigenthümlichen Natur der reichsrechtlichen Organe dagegen geltend gemacht werden. Es wäre an sich denkbar, daß die Privatanklage für den Einheitsstaat passend, dennoch für das deutsche Reich und seine eigenthümliche Struktur unangemessen wäre.

In Wirklichkeit scheint mir das Umgekehrte der Fall zu sein. Wer vom Standpunkte des Einheitsstaates ausgehend die Privatanklage zweifelhaften Werthes hält, sollte zur Ueberzeugung gelangen, daß sie für eine einheitliche deutsche Strafprozeßordnung unentbehrlich ist.

Zu den Besonderheiten des deutschen Reichs im Vergleich zu anderen Staatenverbindungen ähnlicher Gattung gehört es, daß ihm für die Durchführung einheitlicher Institutionen in den untersten Stufen der Verwaltung überall eigene Organe fehlen. Die Anwendung des Reichsrechts und der Reichsverwaltungsnormen ist in der Hauptsache — von bestimmt bezeichneten Gebieten abgesehen — dem Landesbeamtenthum, welches dem Reiche gegenüber nicht verantwortlich ist, ein- für allemal anvertraut. Eine sehr bedeutende Veränderung würde freilich eintreten, wenn das neue Gerichtsorganisationsgesetz einen höchsten Reichsgerichtshof auch für die Entscheidung der Straffachen herstellen sollte. Schwerlich aber ist zu erwarten, daß auch die Funktion der Staatsanwaltschaft in der Weise unabhängig von den Einzelstaaten centralisirt werden wird, daß von einem einheitlichen höchsten und unabhängigen Anklageorgane des gesammten Reichs die staatsanwaltschaftlichen Beamten der einzelnen Länder als untergebene Stellen abhängig gemacht würden. Als wahrscheinlich ist anzunehmen, daß die Staatsanwaltschaft und die Anklageerhebung nicht getrennt werden von dem Zusammenhang mit den Landesjustizstellen. Und als gewiß hat zu gelten, daß ein derartiger Zusammenhang nothwendig für das Gebiet des Landesstrafrechts beibehalten würde, wenn jene Unwahrscheinlichkeit einer unmittelbaren Untergebung unter die höchste Anklagemagistratur eines Reichsgerichtshofes jemals einträte. Somit entsteht die Folge: Die Anklagefunktion, welche vor der Herstellung des deutschen Reichs überall einheitlich in der Verwaltungsspitze der Justizministerien centralisirt war, empfängt für das einheitliche Strafgesetzbuch fernerhin ihre Direktive von fünfundzwanzig verschiedenen Centralstellen einzelner Länder.

Digitized by Google

Wenn die Erfahrungen mit dem deutschen Handelsgesetzbuche und der Wechselordnung lehren, daß deren einheitliche Interpretation durch das Nebeneinanderbestehen verschiedener ständiger Gerichtshöfe in letzter Instanz vereitelt würde, so entsteht die gerechtfertigte Voraussage: daß die Anklagepraxis in Deutschland außerordentlich schwankend werden kann, wenn wir uns fünfundzwanzig höchste Justizstellen mit relativ schneller wechselnden Ministern und Referenten, mit dem beweglichen Element einer administrativ abhängigen Anklagebehörde und außerdem mit den oft unsicheren Tendenzen einzelstaatlicher Politik combinirt vorstellen; dazu endlich auch noch daran uns erinnern, daß der Dualismus von Reichs- und Landesstrafrecht nicht selten die Streitfrage hervorruft: ob gewisse landesstrafrechtliche Bestimmungen durch den Konflikt mit dem Reichsstrafrecht aufgehoben worden sind? Die in den einzelnen Landesjustizstellen dem Reich gegenüber *decentralisirte* Anklagefunktion der Staatsanwaltschaft ist also geradezu jenen Zuständen entgegengesetzt, auf denen verwaltungsrechtlich die Organisation der französischen Musterbehörde beruhte.

Die nirgends ganz zu vermeidenden Unterlassungsfehler der Anklagebehörde müssen, in Vergleich zum Einheitsstaat, vervielfältigt werden, wo es den Organen der Staatsanwaltschaft an einer gemeinsamen Spitze fehlt. Es ist zu besorgen, daß damit ein Theil der strafrechtlichen Gesetzesauslegung, nämlich die Vorprüfung der bei der Anklage von der Staatsanwaltschaft zu würdigenden Rechtspunkte, wiederum den Wechselfällen der Zersplitterung überliefert wird.

Zu den oben bereits angeführten Gründen, aus denen die Staatsanwaltschaft, möglicherweise im Widerspruche mit dem objectiven Rechtsinteresse, die Anklageerhebung unterlassen kann, treten innerhalb der eigenthümlichen staatsrechtlichen Organisation des deutschen Reichsverbandes noch folgende hinzu. Die Staatsanwaltschaft auf den untersten Stufen der Justizorganisation kann eine Verfolgung ablehnen, 1) weil nach ihrer Annahme eine *landesgesetzliche* Bestimmung durch das Reichsstrafrecht aufgehoben wäre, und es deswegen an einem strafbaren Thatbestande mangeln würde; 2) weil ein angeblich verletztes Reichsgesetz nach den besonderen Umständen eines einzelnen Staates (beispielsweise § 180 des R.-St.-G.-B. in Beziehung auf Hamburg) als nicht anwendbar erachtet wird, 3) weil eine vom höchsten Reichsgerichtshof ausgehende Auslegung des Strafgesetzbuchs der Staatsanwaltschaft als rechtsirrthümlich erscheint, und von einer präjudiciellen Kraft solcher Entscheidungen die Anklagepraxis nicht direkt betroffen werden würde. Jedes Landesministerium würde sogar *formell* dem Reiche gegenüber befugt sein, eine vom höchsten Reichsgericht ergangene Interpretationsregel durch seine

Digitized by Google

Rescripte in Beziehung auf die Anklagethätigkeit des untergebenen Staatsanwalts einfach zu reprobiren, ohne daß hier von Reichswegen eine Korrektur ermöglicht wäre.

Die staatsbürgerliche Anklage ist unter diesen Umständen das einzige angemessene Mittel, das Princip der Strafrechtseinheit auf dem so wichtigen Gebiete der Strafverfolgung energisch zu wahren, und zu verhindern, daß nicht der Sondergeist einzelner Staaten störend wirke. Die Verantwortlichkeit dafür, daß in einzelnen Theilen Deutschlands auf Grund staatsanwaltschaftlicher Praxis eine bestimmte Handlung straflos bleiben kann, welche in der Mehrzahl der deutschen Staaten als strafbar gilt, oder sogar nach der Auslegung eines höchsten Reichsgerichtshofes criminell zu ahnden wäre, würde durch die öffentliche Meinung theils den Landesministerien, theils den Rechtszuständen des deutschen Reiches aufgebürdet werden. Von Reichswegen ist dafür zu sorgen, daß auch in staatsbürgerlichen Kreisen, außerhalb des ständigen Beamtenthums, sich jene Gesinnung in rechtlicher Weise bethätigen kann, welche im Nothfalle für die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Rechtsinstitutionen eintritt. Und andererseits wäre durch dieselbe Einrichtung der subsidiären Privatanklage zu erreichen, daß die einzelnen Landesministerien sich gegen den ungerechten Vorwurf particularistischer, der Rechtseinheit feindlicher Tendenzen überall glaubwürdig zu vertheidigen vermöchten.

Für gewisse Kategorien von Verbrechen könnte sogar eine Gleichberechtigung der Privatanklage und der amtlichen Strafverfolgung soweit gerechtfertigt werden, daß zwischen beiden die Prävention entscheiden würde. Es ist beispielsweise nicht unbemerkt geblieben, daß in einzelnen Großstädten gegenüber der geschlechtlichen Unsittlichkeit, der Verbreitung unzüchtiger Schriften und Bilder, der theatralischen Darstellung anstößiger Productionen, die Polizeibehörden zwischen einer strengen und milden Praxis abwechselnd geschwankt haben. Auf diesem Gebiete der Sittenpolizei und Sittenstrafgesetze ließe sich von der Wirksamkeit öffentlich wirkender Vereine mit direkter Anklagebefugniß sicherlich mehr erwarten, als von gelegentlichen Denunciationen Einzelner. Diesen Gesichtspunkt weiter zu verfolgen, halte ich indessen nicht für angemessen.

Ebenso verzichte ich auf eine weitere Ausführung der politischen Vortheile, welche von der allgemeinen Durchführung der subsidiären Privatanklage zu erwarten sind. Gneist hat in seiner mehrfach erwähnten Schrift auf deren Zusammenhang mit dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Selbstverwaltung hingewiesen. Meinerseits will ich nur kurz daran erinnern, daß die Verdrängung der Privatanklage durch die ausschließliche

Digitized by Google

Officialmaxime jene Unvolksthümlichkeit der Polizeibehörde mitverschuldet hat, welche eingestandenermaßen ihre Wirksamkeit zumal in den großen Städten lähmt. Und andererseits ist die oft gehörte Anführung, daß die Polizeibehörde in England von den bessern Elementen der Gesellschaft durch Parteinahme gegen das Verbrecherthum bei der Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung unterstützt wird, nicht durch die Berufung auf abstracten Rechtssinn, sondern auf die Uebung und Ueberlieferung des Privatanklagerechts zu erklären. Unleugbar gilt es heute auch in den Kreisen der „Gebildeten" häufig als unanständig, die Strafverfolgung durch „geheime Denunciation" anzuregen, bei den Vorermittelungen zu unterstützen, oder sonstwie in der Erfüllung ihrer Aufgabe hilfreich zu begleiten. Diese gefährliche Reihe von Vorurtheilen, welche nicht selten zu einer ganz ungebührlichen Parteinahme gegen die Polizeibehörde führt, kann nur dadurch erfolgreich bekämpft werden, daß die staatsbürgerliche Anklage in die ihr gebührende öffentliche Ehrenstellung wiederum eingesetzt wird.

Was man an Einwendungen gegen die subsidiäre Privatanklage vorgebracht hat, scheint mir im Vergleich zu den daraus erwachsenden Vortheilen nicht allzuschwer ins Gewicht zu fallen. Obenan steht die Besorgniß der Chikane und möglicher Erpressung.

Zunächst ist daran zu erinnern, daß Chikane und Erpressung an sich unabhängig von der Privatanklage überall auch neben der reinen Officialmaxime vorkommen. In manchen Fällen läßt sich mit der einfachen Androhung der Denunciation ein Geldvortheil von dem Uebelthäter erpressen. Wie häufig dies aber geschieht, ist in Ermangelung bestimmter Anhaltpunkte nicht zu sagen. Allgemeiner ist die Klage, daß die im Reichsstrafgesetzbuch den Antragverbrechen gegebene Ausdehnung ein System von Chikanen begünstige. Ueberall zeigt sich schon hier, daß die amtliche Strafverfolgung, zumal bei Antragverbrechen, das Unwesen der zum Gelderwerb benutzten Einschüchterungen nicht völlig zu unterdrücken vermag. Die Frage wäre also nun diese: ob die subsidiäre Privatanklage in erheblicher Weise einem Erpressungssystem Vorschub leisten würde. Von vornherein kann darauf schwerlich im bejahenden Sinne geantwortet werden. Wer Angesichts einer ihn bedrohenden Strafverfolgung beispielsweise in Erfahrung gebracht hat, daß die Staatsanwaltschaft einem vom Beschädigten gestellten Strafantrage gegen ihn keine Folge gegeben, wird in dem nunmehr folgenden Stadium sicherlich nicht geneigt sein, für die Unterlassung der Privatanklage mehr zu zahlen, als er für die Verhinderung der Denunciation zu zahlen bereit gewesen sein würde. Ganz im Gegentheil steigt nach einer zurückgewiesenen Denunciation für den mit Verfolgung Bedrohten die Aussicht auf einen für ihn günstigen Ausgang um so mehr, als der Privatankläger für ein zweifelhaftes Endergebniß ge-

Digitized by Google

richtlicher Procedur mit dem Risiko der Gerichtskosten im Falle des Unterliegens einzutreten hätte. Wo nun, wie bei allen Verbrechen gegen die öffentliche Rechtsordnung, der Privatanklage das Motiv der Privatrache und des Entschädigungsbegehrens fehlt, wo an die Stelle des eigenen, persönlichen Interesses auf Seiten des Privatanklägers die edlere Triebfeder des Gemeinsinnes in Thätigkeit tritt, da ist den Erpressungen und Chikanen eine doppelte Schranke gesetzt. Erstens hat nach erfolgter Zurückweisung einer Denunciation der Beschuldigte auch hier die stärker gewordene Aussicht auf endliche Straflosigkeit. Und zweitens besteht die größere Wahrscheinlichkeit, daß derjenige, der sein Vorhaben einer Privatanklage zum Gegenstande geschäftlicher Unterhandlungen macht, eben hierdurch seine Parteirolle unter allen Umständen moralisch compromittiren würde, was an sich noch nicht der Fall ist, wenn Jemand einen direkten Schaden erlitten zu haben vorgiebt.

Von anderer Seite wird behauptet, daß die subsidiäre Privatanklage voraussichtlich wegen ihrer Seltenheit keine große praktische Bedeutung erlangen würde, zumal die Bereitwilligkeit, das Prozeßwagniß im Hinblick auf die Gerichtskosten zu unternehmen, nur ein geringes sein könne. Hierauf ist einfach zu antworten: Je seltener von der Befugniß der Privatanklage in der Praxis Gebrauch gemacht wird, desto größer ist der moralische Gewinn der ständigen Anklagebehörde in der öffentlichen Meinung. Die Möglichkeit der staatsbürgerlichen Anklage hat einen weit höheren Rechtswerth als die Summe der Fälle, in denen sie wirklich zur thatsächlichen Ausübung gelangt.

Erst durch die allgemeine Zulassung des Laienelements zur Aushilfe neben der berufsmäßigen Praxis der ständigen Anklageorgane wird die Staatsanwaltschaft eine wahrhaft unabhängige Stellung gegenüber der öffentlichen Meinung und der Kritik einer sie beobachtenden Parteipresse gewinnen. Selbstbewußt vermag sie dann jene bald leisen, bald lauteren Zweifel an der Unabhängigkeit und Rechtlichkeit ihres politischen Charakters zurückzuweisen, indem sie selbst Tadler auffordert, die im Widerspruch zu ihrer eigenen Rechtsansicht anempfohlene Strafverfolgung nunmehr im Wege der staatsbürgerlichen Anklage zu betreiben. Nichts würde mir natürlicher erscheinen, als daß die Staatsanwaltschaft selbst in ihrem eigenen Interesse die Einführung der Privatanklage in unser Prozeßsystem auf das Lebhafteste befürwortete.

Was ich in Vorstehendem darzulegen bemüht war, fasse ich in diesen Schlußsätzen zusammen:

Es ist fehlerhaft, die Privatanklage lediglich auf den Ehrenschutz und die Kategorien der Beleidigung zu beschränken.

In denjenigen Fällen, in denen das Gesetz die Bestrafung der

Digitized by Google

Verbrechen und Vergehen von dem Antrage des Beschädigten abhängig macht, sollte dem Benachtheiligten, mit Ausschluß Andrer, das Recht der subsidiären Privatanklage eingeräumt werden.

In allen anderen Fällen ist ohne jede Rücksichtnahme auf das Vorhandensein verletzter oder benachtheiligter Privatpersonen die staatsbürgerliche Anklage, sofern die Staatsanwaltschaft ihr Einschreiten verweigert hat, freizugeben.

Digitized by Google

VI.

Gutachten des Obergerichtsassessor Dr. Westerkamp in Hannover

über die Gesetzgebungsfrage:

Soll die Jury in den deutschen Civilprozeß eingeführt werden?

Indem ich, in Ausführung des ehrenvollen Auftrags der ständigen Deputation des deutschen Juristentages, ein Gutachten über Einführung der Jury in den deutschen Civilprozeß einsende, darf ich bemerken, daß bereits zwei Mitglieder des Juristentages, die Herren Professoren Dr. von Bar und Dr. Brunner, Gutachten über dieselbe Frage abgestattet haben, welche in den Verhandlungen des neunten deutschen Juristentages, Band 2, Seite 317 bis 358, abgedruckt sind. Beide ausgezeichnete Gutachten enthalten oder deuten doch an alle wesentlichen Gründe, auf welche es, wie mir scheint, bei Einführung der Civiljury ankommt; für mich wird nur eine Nachlese übrig bleiben. Wenn dennoch dieses Gutachten, zu meinem lebhaften Bedauern, einigen Umfang hat, so ist das dadurch veranlaßt, daß meines Erachtens die Frage nach Einführung der Civiljury im Zusammenhang mit der Gerichtsverfassung, der ganzen Ordnung des Civilprozesses und mit dem Civilrecht steht und davon getrennt nicht befriedigend und erschöpfend beantwortet werden kann.

Die Jury in Civilfällen ist ein Institut des gemeinen englischen Rechts. Um sich darüber schlüssig zu machen, ob die Einführung derselben in unsern Prozeß gerathen ist, wird eine kurze Betrachtung derselben, wie sie sich in den Gebieten des englischen Rechts entwickelt hat, zweckmäßig und geeignet sein.

Digitized by Google

Ein an sich ausgezeichnetes Rechtsinstitut mag verkümmern und schädliche Wirkungen haben, wenn es in einen Boden verpflanzt wird, welcher für dasselbe nicht geeignet ist. Wir können die Civiljury nur dann einführen, wenn unser Rechtszustand, sowohl der Civilprozeß als auch das Civilrecht, die Vorbedingungen derselben enthält.

Wir beabsichtigen eine Reform und Codification des Prozeßrechts und des Civilrechts durch die Reichsgesetzgebung. Wenn in unserm Rechtszustande, wie er gegenwärtig ist, die Vorbedingungen der Civiljury fehlen, sollen wir dann darnach streben, dieselben zu schaffen?

Verstattet unser gegenwärtiger Rechtszustand nicht die allgemeine Einführung der Civiljury, so bleibt immer noch die Frage: ist es zulässig und geeignet, dieselbe bei einigen Arten von Civilfällen einzuführen?

Die Ordnung dieses Gutachtens wird demnach folgende sein:

I. Die Civiljury in den Gebieten des englischen Rechts.
II. Enthält unser Rechtszustand, wie derselbe gegenwärtig ist, die Vorbedingungen für Einführung der Civiljury?
III. Ist es rathsam, bei der bevorstehenden Reform und Codification des Prozeßrechts und des Civilrechts auf Einführung der Jury Bedacht zu nehmen?
IV. Ist die alsbaldige Einführung der Jury bei einzelnen Arten von Civilfällen zu empfehlen?

I.

Die Civiljury in den Gebieten des englischen Rechts.

1.

Der Ursprung der Jury ist in Dunkel gehüllt. In dem Rechtszustande mancher germanischer Völker waren Ansätze zu Einrichtungen, welche mit der Jury Aehnlichkeit haben. Dieselben sind durch Einführung des römisch-canonischen Rechts unterdrückt. Die Jury hat sich nur in den Gebieten des englischen Rechts erhalten. Sie wird anerkannt und bestätigt in der Magna Charta; sie hat überstanden und überdauert alle Aenderungen, welche England im Laufe der Jahrhunderte durchgemacht hat.

Die Jury ist ein Institut des gemeinen englischen Rechts (common law). Sie ist ein Mittel, streitige Thatsachen im Prozeß festzustellen. Sie ist nicht das einzige Mittel zu diesem Zweck, aber sie ist das wichtigste unter denselben. Ueber Rechtsfragen entscheiden rechtsgelehrte Richter, über Thatfragen entscheiden Geschworene. Sind Rechtsfragen und Thatfragen in einer solchen Weise mit einander verbunden, daß eine abgesonderte Entscheidung der ersteren unthunlich ist, so entscheiden die Geschworenen mit der Thatfrage

Digitized by Google

die Rechtsfrage, sind aber in ihrem Gewissen verpflichtet, die Rechtsfrage auf Grund und in Uebereinstimmung mit der Instruktion, welche ihnen der Richter ertheilt, zu entscheiden.

Alle diese Sätze gelten gleichmäßig für den Criminal- und für den Civilprozeß; wie denn zwischen beiden in den Gebieten des englischen Rechts nicht der durchgreifende Unterschied besteht, welcher in den Staaten des europäischen Continents gemacht zu werden pflegt.

Dieses Gutachten hat nur die Civiljury zum Gegenstande. Dieselbe ist nicht geeignet für jedes Prozeßverfahren. In dem gemeinrechtlichen deutschen Prozeß ist z. B. kein Raum für dieselbe. Wollen wir die Civiljury einführen, so werden wir gezwungen sein oder gut thun, manche Maximen des englischen Civilprozesses anzunehmen. Eine kurze Skizze desselben, insoweit er mit dem Verfahren vor der Jury in Verbindung steht, mag daher am Platze sein. Ich will versuchen, eine solche zu geben an der Hand der Prozeßordnung für den Staat New-York vom 11. April 1849 und der späteren Abänderungen derselben.*)

Das Verfahren bis zur Hauptverhandlung.

Der Civilprozeß beginnt durch Behändigung (service) einer Vorladung (summons) an den Beklagten (§ 127). Die Vorladung muß den Streitgegenstand bezeichnen und den Beklagten auffordern, binnen zwanzig Tagen, gerechnet von der Behändigung, zu antworten (§§ 128 und 129). Es ist zweckmäßig, daß der Kläger dem Beklagten mit der Vorladung eine Abschrift der Klage behändigen läßt, weil sonst leicht eine Verzögerung des Verfahrens eintreten kann (§§ 130 folg.). Die Klage (complaint) muß außer der Bezeichnung des Prozeßgerichts und der Parteien eine kurze und klare Angabe der Klagethatsachen und die Schlußbitte enthalten (§ 142).

Läßt der Beklagte die Frist zur Antwort ungenutzt verstreichen, so wird auf Antrag des Klägers Ungehorsamsurtheil (judgment by default) erlassen (§§ 246—248). Der Kläger muß die Behändigung der Vorladung und der Klage, und daß Beklagter keine Antwort ertheilt, in der vorgeschriebenen Weise darthun. Bei Klagen aus Kontrakten auf Zahlung von

---

* The code of procedure of the State of New-York, as amended by the legislature by an act act passed May 12, 1869. Ich lege der Darstellung des Civilprozesses in den Gebieten des englischen Rechts die Prozeßordnung des Staates New-York zu Grunde, weil sie manche Reformen des englischen Civilprozesses enthält, ohne die Grundlagen desselben abzuändern. Eine sehr klare Darstellung des englischen Civilprozesses, jedoch ohne Berücksichtigung der neueren Reformen, findet sich in 3 Blackstone, Commentaries, chap. 18—27. — Der Raum des Gutachtens verstattet nur eine ganz kurze Skizze, welche auf Vollständigkeit keinen Anspruch macht.

Digitized by Google

Geld trägt der Gerichtsschreiber, ohne Mitwirkung des Richters, das Urtheil ein; in andern Fällen findet eine causae cognitio durch den Richter statt, unter Umständen mit Beweiserhebung.

Die Antwort des Beklagten kann sein:

a) verzögerliches Vorbringen (demurrer*) — §§ 143—145) oder
b) Einlassung auf die Hauptsache (answer — §§ 149 und 150) oder
c) theilweise verzögerliches Vorbringen und theilweise Einlassung auf die Hauptsache (§ 151).

Verzögerliches Vorbringen ist nur statthaft wegen offenbarer Fehler in der Klage in bestimmten Beziehungen, namentlich wegen Unzuständigkeit des angegangenen Gerichts, wegen fehlender Prozeßfähigkeit einer der Parteien, wegen Litispendenz, wegen unzulässiger Klagenhäufung, und weil die Klagthatsachen keinen Klaganspruch begründen. Liegt keiner dieser Fälle vor, oder ist das verzögerliche Vorbringen zurückgewiesen, so muß der Beklagte sich auf die Klage einlassen.

Die Einlassung des Beklagten muß enthalten:

a) ein allgemeines oder besonderes Leugnen der wesentlichen Klagthatsachen; nicht beantwortete wesentliche Klagthatsachen gelten für zugestanden;
b) eine kurze und klare Angabe der Thatsachen, welche eine Einrede (defence) oder einen Gegenanspruch (counterclaim) begründen.

Wenn vom Beklagten Einreden oder Gegenansprüche geltend gemacht sind, hat der Kläger eine zwanzigtägige Frist für die Replik (§§ 153 und 154). Ueber den Inhalt der Replik gilt dasselbe, was von der Antwort des Beklagten gesagt ist, mit einigen Abweichungen.

Ist die Replik rechtsungenügend, so mag dies im Wege verzögerlichen Vorbringens vom Beklagten gerügt werden (§ 155).

Durch diese Schriftsätze (Klage, Antwort, Replik, — pleadings) werden die Streitpunkte zwischen den Parteien (issues)**) fixirt. Die Streitpunkte sind entweder Rechtsfragen oder Thatfragen: nämlich Rechtsfragen im Falle eines demurrer, mag dieses nun der Klage, der Einlassung oder der Replik entgegengesetzt sein; Thatfragen, wenn Klagthatsachen in der Einlassung bestritten sind, oder wenn thatsächliche Behauptungen der Einlassung in der Replik bestritten sind, oder wenn die Replik neues thatsächliches

*) Demurrer ist abweichend vom englischen Recht behandelt. Es umfaßt die dilatory pleas und das demurrer des englischen Rechts. Demurrer gilt daher auch nicht als Zugeständniß der Klagthatsachen.

**) Issue, von dem lateinischen exitus, bezeichnet eine Behauptung, welche von der einen Partei aufgestellt, von der andern bestritten ist.

Digitized by Google

Vorbringen enthält (§§ 248—250). In demselben Prozesse kann es sich um Rechtsfragen und um Thatfragen handeln (§ 251).

Der Schriftwechsel und die dadurch bewirkte Fixirung der Streitpunkte ist Sache der Parteien. Das Gesetz bestimmt Frist und Inhalt eines jeden Schriftsatzes. Eine Mitwirkung des Gerichts tritt in diesem vorbereitenden Stadium nur gelegentlich ein. Das Gericht wird von derjenigen Partei, welche einen Beschluß (order) erwirken will, durch Antrag (motion) angegangen, von welchem in der Regel dem Gegner binnen bestimmter Frist Kenntniß (notice) gegeben werden muß (§§ 400 folg.). Das Gericht entscheidet über den Antrag durch Beschluß, nach Anhörung des Antragstellers, in der Regel auch der Gegenpartei. Z. B. eine Partei wünscht einen Zusatz zu ihren Schriftsätzen (supplemental complaint, answer or reply) zu machen, mit welchem die Gegenpartei nicht einverstanden ist; durch order muß über die Zulässigkeit des Zusatzes entschieden werden (§ 177). Oder eine Partei meint, daß ein Schriftsatz der Gegenpartei unerhebliche oder dunkle Thatsachen enthalte; sie mag einen Antrag stellen, daß das Unerhebliche gestrichen und das Dunkle durch einen Zusatz (amendment) klargestellt wird*); auch über solche Anträge entscheidet das Gericht durch Beschluß (§ 160). Incidentverfahren können während der Dauer des Prozesses, in jedem Stadium desselben, zu mancherlei Zwecken vorkommen. Das Verfahren ist immer das vorhin angedeutete.

Die Hauptverhandlung (trial).

Die Schriftsätze der Parteien bilden die Grundlage der Hauptverhandlung. Nicht jede Abweichung zwischen den Schriftsätzen und dem Beweise, wie er in der Hauptverhandlung erbracht wird, ist erheblich. „Keine Abweichung zwischen der Behauptung in dem Schriftsatze und dem Beweise

*) Bei dieser Gelegenheit mag hervorgehoben werden, daß dem gemeinen englischen Recht ein Beweisurtheil oder Beweisresolut fremd ist; das Gesetz bestimmt, was jede Partei zu behaupten, was sie zu erweisen und in welcher Weise sie es zu erweisen hat; es ist nicht Sache des Gerichts, ihr hierüber Belehrung zu ertheilen. Da aber der Gegenpartei eine Beschwerde daraus erwächst, wenn die andere Partei unerhebliche Behauptungen aufstellt und ihr dadurch Anlaß giebt, einen unnöthigen Gegenbeweis vorzubereiten, so ist ein Incidentverfahren für statthaft erklärt, um eine Entscheidung über die Erheblichkeit aufgestellter Behauptungen zu erwirken.

Bei den Gerichtsverhandlungen in den Gebieten des englischen Rechts, bei denen ich anwesend war, hatten die Anträge (motions) den Vorrang vor den Hauptverhandlungen (trials). Der Richter frazte gleich nach Beginn der Sitzung, ob die anwesenden Anwälte Anträge zu stellen hätten. Der Gegenstand des Antrages wurde kurz zwischen den Parteien erörtert; der Richter entschied in der Regel sofort über den Streitpunkt; der Gerichtsschreiber vermerkte den Beschluß im Protokollbuche.

Digitized by Google

ſoll für erheblich erachtet werden, wenn ſie nicht die Gegenpartei zu ihrem Nachtheile mißleitet hat, die Klage oder die Vertheidigung auf den Grundlagen derſelben aufrecht zu halten“ (§ 169). Unter Umſtänden kann indeſſen verordnet werden, daß ein die neuen Thatſachen umfaſſender Zuſatz zu den Schriftſätzen gemacht wird, wodurch die Sache in das Stadium vor der Hauptverhandlung zurücktritt, und Gelegenheit zu neuen Einreden und zu neuem Gegenbeweiſe gegeben wird (§§ 169 und 170). Eine Abweichung zwiſchen dem Schriftſatze und dem Beweiſe, welche das eben angeführte Maß überſteigt, gilt als Verfehlung des Beweiſes (§ 171) und hat daher die Abweiſung der Klage, der Einrede oder der Replik zur Folge.

Nach Beendigung des Schriftwechſels kann jede Partei den Prozeß zur Hauptverhandlung bringen. Sie muß hiervon der Gegenpartei vierzehn Tage vor Beginn der Gerichtsſitzung (term), in welcher ſie die Sache verhandeln will, Kenntniß geben. Sie muß die Streitpunkte, über welche entſchieden werden ſoll, dem Gerichtsſchreiber mittheilen und dafür ſorgen, daß derſelbe den Prozeß auf den Kalender (ähnlich der Rolle des franzöſiſchen Prozeſſes) bringt (§ 256). Dem Kläger liegt es ob, Abſchrift der Schriftſätze bei dem Prozeßgerichte einzureichen, und wenn er dies verſäumt, mag es der Beklagte auf deſſen Koſten thun (§ 259).

„Eine Hauptverhandlung (trial) iſt die richterliche Unterſuchung der Streitpunkte zwiſchen den Parteien, mögen ſie Rechtsfragen (issues of law) oder Thatfragen (issues of fact) ſein“ (§ 252).

„Eine Rechtsfrage muß durch den Gerichtshof entſchieden werden, wenn ſie nicht Schiedsrichtern überwieſen wird (unless it be referred), wie in den §§ 270 und 271 vorgeſehen iſt. Eine Thatfrage, bei einer Klage ausſchließlich auf Zahlung von Geld, oder auf Herausgabe von beſtimmtem unbeweglichen und beweglichen Eigenthum, oder auf Eheſcheidung wegen Ehebruchs, muß durch eine Jury entſchieden werden, wenn nicht auf das Jury-Verfahren Verzicht geleiſtet wird, wie im § 266*) vorgeſehen iſt, oder die Verweiſung an Schiedsrichter angeordnet wird, wie in den §§ 270 und 271 vorgeſehen iſt**)“ (§ 253).

„Die Entſcheidung jedes andern Streitpunktes gehört zur Zuſtändigkeit

---

*) Zur Verzichtleiſtung auf das Jury-Verfahren iſt Uebereinſtimmung beider Parteien erforderlich (§ 266).

**) Das Referee-Verfahren iſt dem engliſchen Prozeß eigenthümlich. Die referees haben eine unſern Schiedsrichtern analoge Stellung. Eine Verweiſung an referees iſt häufig, wenn es ſich um Unterſuchung und Feſtſtellung ſtreitiger Rechnungen handelt; ſie geſchieht aber auch in andern Fällen (§§ 270 und 271). Die Verweiſung von Rechtsfragen an Schiedsrichter hat Zuſtimmung beider Parteien zur Vorausſetzung (§ 270).

Digitized by Google

des Gerichtshofes, welcher jedoch den ganzen Streitpunkt oder eine dabei vorkommende Thatfrage einer Jury zur Feststellung unterbreiten oder Schiedsrichtern überweisen mag, wie in den §§ 270 und 271 vorgesehen ist" (§ 254).

Die zum Jury-Verfahren geeigneten Prozesse werden in ununterbrochener Reihenfolge verhandelt, nach Ordnung des Kalenders, wenn nicht der Gerichtshof etwas Anderes bestimmt. Zu jeder Gerichtssitzung (term) wird vom Sheriff eine ausreichende Zahl von Geschworenen geladen, in der Regel zwischen 48 und 72. Sowie eine Verhandlung soweit beendet ist, daß die Geschworenen sich zur Berathung des Wahrspruches zurückziehen, wird mit Verhandlung der nachfolgenden Sache begonnen, und dazu aus den übrigen Geschworenen eine Jury gebildet. Die Hauptverhandlung wird ohne Unterbrechung zu Ende geführt, soweit die übliche Sitzungszeit (in der Regel 4 oder 5 Stunden täglich) hierzu ausreicht. Nach Bildung der Geschwornenbank erörtern die Parteien die Streitpunkte. Daran schließt sich die Beweisaufnahme, welche von den Parteien, nicht vom Gerichte geschieht. Können Zeugen nicht zur Stelle gebracht werden, so muß deren Vernehmung vor der Hauptverhandlung durch Beauftragung eines Friedensrichters oder Notars, welcher als Kommissar des Prozeßgerichts die Zeugen vernimmt (by commission), bewirkt sein, und mag dann deren niedergeschriebene Aussage benutzt werden. Ueber die Statthaftigkeit einer solchen Vernehmung entscheidet der Gerichtshof auf Antrag (motion) durch Beschluß (order). Parteieide im Sinne unseres Prozeßrechts sind dem gemeinen englischen Rechte fremd; dagegen mag jede Partei die Gegenpartei als Zeugen vernehmen (§§ 390 bis 397). Der Gerichtshof entscheidet über die Streitpunkte, welche bei der Beweisaufnahme hervortreten, z. B. über die Erheblichkeit der Thatsachen, welche eine Partei erweisen will, über die Zulässigkeit von Zeugen und anderer Beweismittel. Der Gerichtshof ist befugt, Fragen an die Zeugen zu richten, welche er zur Feststellung des Inhalts der Zeugenaussagen und zur Aufklärung des Sachverhältnisses für geeignet hält. Der Richter pflegt Notizen (judges minutes) über die erheblichen Umstände zu machen, welche bei der Beweisaufnahme hervortreten. Bei wichtigeren Verhandlungen werden Stenographen zugezogen. Nach beendeter Beweisaufnahme stellen und begründen die Parteien die Anträge, welche sie an die Geschwornen zu richten haben. Wenn die Geschwornen mit der Thatfrage zugleich über eine Rechtsfrage zu entscheiden haben, so mögen die Parteien den Gerichtshof ersuchen, den Geschwornen eine bestimmte Instruktion wegen Entscheidung der Rechtsfrage zu ertheilen.

Hierauf macht der Richter den Geschwornen alle Bemerkungen, welche ihm geeignet scheinen, um dieselben zu einem richtigen Wahrspruche zu leiten.

Digitized by Google

Handelt es sich neben den Thatfragen um Rechtsfragen, so erläutert der Richter das Gesetz und instruirt die Jury, wie sie die Rechtsfrage zu entscheiden hat. Auch bei Thatfragen pflegen Richter in den Gebieten des englischen Rechts nur selten mit ihrer Meinung zurückzuhalten; in den meisten Fällen ist ihre Ansicht aus dem Vortrage an die Jury deutlich erkennbar.*)

Im Staate New-York werden alle Civilprozesse mit Jury vor einem einzelnen Richter verhandelt (§ 255). In den Gebieten des englischen Rechts, wo mehrere Richter fungiren, ist es jedem derselben gestattet, Bemerkungen über den vorliegenden Fall der Jury zu machen. Es liegt nahe, daß die mehreren Richter sich über die Behandlung des Falles zu verständigen suchen, damit nicht Dissens auf der Richterbank die Jury unsicher macht und irre führt.

Der Wahrspruch der Jury ist entweder ein allgemeiner oder ein besonderer. Der allgemeine Wahrspruch (general verdict) entscheidet unmittelbar das streitige Rechtsverhältniß, entweder für Kläger oder für Beklagten. Der

*) Ein Beispiel mag das Verhältniß, welches in Beziehung auf Rechtsfragen zwischen den Parteien und dem Gerichte und zwischen dem Gerichte und der Jury besteht, anschaulicher machen. In der Prozeßsache Charles Burril gegen die Stadt Boston, welche in erster Instanz bei dem Circuit Court der Vereinigten Staaten für Massachusetts anhängig war, beantragte die Beklagte nach beendeter Beweisaufnahme: „Und nun, nach Beendigung des Klagbeweises, beantragt die Beklagte, der ehrenwerthe Gerichtshof möge die Jury instruiren (instruct the jury), daß der Beweis, welcher vom Kläger der Jury dargeboten und gegeben ist, nach dem Gesetze nicht hinreicht, um einen Wahrspruch für Kläger auf irgend einen seiner Klaggründe zu rechtfertigen.“ Das Protokoll (record) fährt fort: „Und darauf verordnete der Gerichtshof in Uebereinstimmung mit dem Antrage, daß der Beweis des Klägers nach dem Gesetze nicht hinreiche, um einen Wahrspruch für Kläger auf irgend einem seiner Klaggründe zu rechtfertigen, und instruirte die Jury, einen Wahrspruch für die Beklagte einzubringen. Die Jury, dieser Instruktion gehorsam, brachte folgenden Wahrspruch: „„Wir finden, daß die Beklagte nicht ein Versprechen gegeben hat in einer solchen Weise und Form, wie Kläger gegen sie behauptet hat, bezüglich irgend eines seiner Klaggründe.““ Dieser Wahrspruch wurde pflichtgemäß eingetragen.“ — Zur Erläuterung des Beispiels ist Folgendes zu bemerken. Kläger hatte gegen Beklagte aus einem vertragsmäßigen Versprechen (action of assumpsit) geklagt. Durch die Beweisaufnahme wurde festgestellt, daß der Mayor der Stadt Boston, F. W. Lincoln, dem Kläger ein solches Versprechen gegeben hatte, wie in der Klage behauptet war. Der Gerichtshof war, in Uebereinstimmung mit der Beklagten, der Ansicht, daß dieses Versprechen nach dem Gesetze für die Stadt Boston nicht verpflichtend sei. Der Prozeß würde ohne Geschworne, durch demurrer, zu Ende gebracht sein, wenn der Kläger in der Klage behauptet hätte, daß der Mayor der Stadt Boston das Versprechen gegeben habe, auf welches die Klage gegründet war. Da aber der Kläger in der Klage behauptet hatte, daß die Beklagte das Versprechen gegeben habe, was diese bestritt und bestreiten mußte, so entstand ein issue of fact, welcher Zuziehung der Jury nöthig machte.

Digitized by Google

besondere Wahrspruch (special verdict) stellt nur die streitigen Thatsachen fest und überläßt das Urtheil (die Schlußfolgerung aus dem Gesetze und aus den Thatsachen) dem Richter (§ 260). Der Richter mag die Jury anweisen, die einzelnen streitigen Thatsachen schriftlich festzustellen (Fragebogen an die Geschwornen, wie sie bei uns gebräuchlich sind, kommen meines Wissens im englischen Prozesse nicht vor); in einzelnen Fällen darf er die Abgabe eines allgemeinen Wahrspruches verbieten, und haben dann die Geschwornen lediglich die streitigen Thatsachen festzustellen (§ 261). Bringen die Geschwornen ein besonderes und ein allgemeines Verdict, so hat ersteres den Vorzug vor letzterem (§ 262), muß daher auch dem Urtheil zu Grunde gelegt werden.

Ist der Wahrspruch unvollständig, oder enthält derselbe einen Widerspruch, so mag der Richter dessen Vervollständigung oder Verbesserung anordnen.

Verfahren nach Abgabe des Wahrspruches.

Die Bestimmungen der New-Yorker Prozeßordnung über das Verfahren nach Einbringung des Wahrspruches sind sehr detaillirt. Das Wesentliche derselben stimmt überein mit dem gemeinen englischen Recht und ist Folgendes:

Ist der Wahrspruch ein allgemeiner, entscheidet derselbe also das Streitverhältniß direkt zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten, und wird derselbe weder von dem Gerichte noch von den Parteien beanstandet, so muß der Gerichtsschreiber das Urtheil in Uebereinstimmung mit dem Wahrspruche in das Urtheilsbuch eintragen.

Beschränkt sich der Wahrspruch auf Feststellung der streitigen Thatsachen, und wird derselbe nicht beanstandet, so verkündet der Richter das Urtheil auf Grund des Wahrspruches.

Der Richter ist befugt, den Wahrspruch bei Seite zu setzen und eine neue Hauptverhandlung (new trial) anzuordnen, wenn er nach pflichtmäßigem Ermessen findet, daß der Wahrspruch ohne Beweis oder dem vorgebrachten Beweise zuwider ist (without or contrary to evidence). Durch die Prozeßordnung des Staates New-York (§ 263) wird dem Richter eine solche Befugniß insbesondere bei Schädenprozessen gegeben, wenn er findet, daß die Jury einen zu hohen Schadensbetrag (excessive damages) festgestellt hat.

Diejenige Partei, zu deren Nachtheil der Wahrspruch ausgefallen ist, und welche sich durch denselben beschwert erachtet, mag denselben beanstanden und eine neue Hauptverhandlung beantragen (motion for new trial); sie muß die Gründe dieses Antrages darlegen und nöthigenfalls bescheinigen; der Richter, vor welchem die beanstandete Hauptverhandlung stattgefunden hat, entscheidet über diesen Antrag. Anträge auf neue Hauptverhandlung sind häufig, doch wird ihnen nur selten Statt gegeben.

Digitized by Google

Endlich kann die Instruktion des Richters an die Jury über Rechtsfragen von derjenigen Partei, welche sich dadurch beschwert glaubt, und zu deren Nachtheil der Wahrspruch ausgefallen ist, angefochten werden (bill of exceptions). Der Prozeß geht dann (durch writ of error) an den vorgesetzten Gerichtshof, und dieser mag das Urtheil umstoßen und eine neue Hauptverhandlung anordnen (de novo venire facias), wenn er findet, daß die Rechtweisung des Richters eine irrige war, und daß durch dieselbe der Wahrspruch beeinflußt ist.

2.

Das lange Bestehen der Civiljury, die Uebertragung derselben nach verschiedenen Welttheilen*), deren wirthschaftliche und politische Verhältnisse sehr verschiedenartig sind, wird ein günstiges Vorurtheil für dieselbe erwecken. Ein in sich fehlerhaftes oder unzweckmäßiges Rechtsinstitut würde eine so weite Geltung nicht haben erringen können. Anstatt die Vortheile der Civiljury im Einzelnen aufzuzählen und zu begründen — was der Raum des Gutachtens nicht zuläßt —, will ich nur einige Aussprüche hervorragender englischer und amerikanischer Richter und Staatsmänner über den Werth der Civiljury anführen und denselben einige erläuternde Bemerkungen beifügen.

Blackstone, Commentaries on the laws of England, Band 3, Seite 379 folg. äußert sich dahin:

„Demnach ist das Verfahren mit Jury (the trial by jury) immer, und ich vertraue, wird immer betrachtet werden als der Ruhm des englischen Rechts (the glory of the English law). Und wenn es einen so großen Vortheil vor andern Verfahrensarten hat bei der Regulirung des Eigenthums, um wieviel muß dieser Vortheil noch erhöht werden, wenn es auf Straffälle angewendet wird? Aber dieserhalb muß ich auf den nachfolgenden Band dieser Commentare Bezug nehmen; indem ich gegenwärtig nur bemerke, daß es das höchste Privilegium ist, dessen ein Unterthan sich erfreuen oder nach welchem er streben kann, daß er weder in seinem Eigenthum, noch in seiner Freiheit, noch in seiner Person berührt (affected) werden kann, außer durch das einstimmige Urtheil von zwölf seiner Nachbarn und Genossen. Es ist dies eine Einrichtung, welche, wie ich zu versichern wage, mit Hilfe der Vorsehung die gerechten Freiheiten dieser Nation für eine lange Zeitdauer gesichert hat. Und deshalb hätte ein berühmter französischer Schriftsteller (Montesquieu), welcher folgert, daß, weil Rom, Sparta und Carthago ihre Freiheiten verloren haben, auch diejenigen von England untergehen müssen,

*) Verfahren mit Civiljury findet Statt in England, Schottland, Irland, den Vereinigten Staaten von Amerika, Canada, Australien und in anderen englischen Colonien.

Digitized by Google

bedenken sollen, daß Rom, Sparta und Carthago das Verfahren mit Jury nicht kannten.

„Dies Lob mag groß scheinen, aber es ist nicht größer, als es diese bewunderungswürdige Einrichtung, wenn sie bis in ihre Consequenzen verfolgt wird, nach ruhiger Ueberlegung verdient. Die unparteiische Handhabung der Rechtspflege, welche sowohl unsere Personen als unser Eigenthum sichert, ist der große Zweck der bürgerlichen Gesellschaft. Aber wenn dieselbe ausschließlich Behörden, einer auserwählten Körperschaft von Männern, anvertraut wird, und wenn diese Männer durch den Monarchen oder durch andere Personen, welche die höchsten Staatsämter bekleiden, ausgewählt werden, dann möchten ihre Entscheidungen, ungeachtet ihrer Integrität, eine unwillkürliche Neigung haben zum Vortheil Derer, welche zu ihrem eigenen Stande gehören; von der menschlichen Natur darf man nicht erwarten, daß die Wenigen (the few) immer auf das Interesse und das Wohl der Vielen (the many) achtsam sind. Auf der anderen Seite, wenn die Macht der Rechtsprechung ohne Schranke (at random) in die Hände der Menge gelegt würde, so würden ihre Entscheidungen regellos und launisch sein, und ein neues Anklagerecht würde Tag für Tag in unsern Gerichtshöfen begründet werden. Demnach ist weislich angeordnet, daß die Grundsätze und Maximen des Rechts, welche allgemein in der Vernunft begründete und nicht bestimmten Zeiten oder Menschen angepaßte Regeln sind, in der Brust der Richter niedergelegt werden sollen, um vorkommenden Falls auf die Thatsachen angewendet zu werden, sobald dieselben in geeigneter Weise festgestellt sind. Denn hier kann die Parteilichkeit nur geringen Spielraum haben; das Gesetz ist wohl bekannt und hat gleichen Inhalt für alle Stände und Klassen; es folgt, wie eine regelrechte Schlußfolgerung, aus den festgestellten Thatsachen. Aber bei Untersuchung und Feststellung von Thatsachen, wenn dieselbe einem einzelnen Beamten überlassen würde, möchte Parteilichkeit und Ungerechtigkeit einen weiten Spielraum haben; entweder indem sie kühnlich versichert, daß das Unerwiesene erwiesen sei, oder indem sie einige Umstände unterdrückt, andere bei Seite schiebt und zurechtdreht und den Rest wegargumentirt. Hier wird demnach eine zureichende Zahl aufrichtiger und standhafter Geschworener, welche durch das Loos aus den Mittelklassen auserwählt werden, als die besten Ermittler der Wahrheit und die sichersten Wächter der öffentlichen Gerechtigkeit sich bewähren u. s. w."

Am Schlusse dieser Ausführung über die Jury erinnert und ermahnt Blackstone seine Landsleute, daß es eine Pflicht sei, welche Jedermann seinem Lande, seinen Freunden, seinen Nachkommen und sich selbst schulde, mit aller Kraft dieses beste Schutzmittel englischer Freiheit zu vertheidigen.

Nach dem Berichte der London Times vom 18. Februar 1873 sagte

Digitized by Google

der Attorney-General in der Sitzung des englischen Unterhauses vom 17. Februar 1873 bei der Berathung der Geschwornen-Bill, nachdem er den eben angeführten Ausspruch von **Blackstone** angezogen hatte: „Es gebe jedoch eine große Zahl neuerer Autoritäten für das Jury-Verfahren. In dem künstlichen und verwickelten System, unter welchem wir lebten, entsprängen viele unmittelbare und mittelbare Vortheile aus dieser Verfahrungsweise. So sei es für den Staat von großem Nutzen, daß das Publikum einen thätigen Antheil an der Handhabung der Justiz nehme; und während er die größte Achtung für Ihrer Majestät Richter hege, müsse er doch denken, daß die Geschwornen bisweilen als eine Schranke (chek) für weniger vollkommene Richter wirken möchten. Ein sehr gelehrter und weiser Richter habe ihm einst gesagt, er glaube, das Jury-Verfahren habe eine gute Wirkung, nämlich, daß es die Richter zwinge, Rechtsfragen auf Gründe hin zu entscheiden, welche sie zwölf gewöhnlichen Männern verständlich machen könnten u. s. w."

Die Engländer beabsichtigen gegenwärtig Reformen der Jury, namentlich in der Richtung, daß außer in Kapitalsachen die Zahl der Geschwornen von zwölf auf eine geringere (sieben) eingeschränkt, und daß das Princip der Einstimmigkeit modificirt wird. Aber eine Abschaffung der Civiljury ist außer aller Frage, wenngleich die Jury nicht mehr ganz so hoch geschätzt werden mag, wie zur Zeit **Blackstone's**, wo die großen Vortheile, welche sie in den englischen Verfassungskämpfen gewährt hat, noch in lebhafterer Erinnerung waren.

Die Verfassung der Vereinigten Staaten garantirt die Jury in Strafsachen; aber sie enthält, in ihrer ursprünglichen Form, keine Garantie der Jury in Civilfällen. Der Verfassungsentwurf wurde wegen dieses Mangels heftig angegriffen; der **Federalist**, Nr. 83 (**Hamilton**), vertheidigt denselben, weil der Umfang der Civiljury in den verschiedenen Staaten verschieden sei, und daher nicht wohl eine Garantie derselben in die Unionsverfassung habe aufgenommen werden können. Dabei wird die Vortrefflichkeit der Civiljury, namentlich als ein Sicherungsmittel gegen Korruption in der Rechtsprechung, unumwunden anerkannt. Die Agitation für Civiljury war jedoch so stark, daß es nöthig wurde, alsbald einen Zusatzartikel zur Unionsverfassung zu machen, welcher lautet: „In Prozessen nach gemeinem Recht, wenn der Streitgegenstand zwanzig Dollars übersteigen wird, soll das Recht auf Juryverfahren erhalten bleiben, und es soll keine Thatsache, welche durch eine Jury festgestellt ist, in irgend einem Gerichtshofe der Vereinigten Staaten anders von Neuem untersucht werden, als in Uebereinstimmung mit den Regeln des gemeinen Rechts." Die Civiljury wird daher durch die Unionsverfassung in ihrer gegenwärtigen Form für das Verfahren vor den Unionsgerichten gewährleistet.

Digitized by Google

Der höchste Gerichtshof der Vereinigten Staaten, in der Sache Parsons v. Bedford, sagte bezüglich der Civiljury: „Das Verfahren mit Jury (trial by jury) ist mit Recht dem amerikanischen Volke theuer. Es ist immer ein Gegenstand von großem Interesse und großer Aufmerksamkeit gewesen, und jeder Eingriff in dasselbe ist mit Eifersucht bewacht. . . . . Einer der stärksten Einwände, welcher gegen die Verfassung der Vereinigten Staaten erhoben wurde, war der Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung, welche das Jury-Verfahren in Civilfällen sicherte. Sobald die Verfassung angenommen war, wurde dieses Recht gesichert durch den siebenten Zusatzartikel zur Verfassung, welcher vom Kongreß vorgeschlagen wurde; dieser erhielt eine so allgemeine Zustimmung des Volkes, daß seine Bedeutung als eine grundsätzliche Garantie der Rechte und Freiheiten des Volkes außer Zweifel gesetzt wurde (as to establish its importance as a fundamental guarantee of the rights and liberties of the people)."

Um diese Citate nicht zu häufen, will ich nur einen amerikanischen Schriftsteller anführen, Story, Commentaries on the Constitution, § 1768, welcher über den siebenten Zusatzartikel bemerkt: „Es ist ein sehr wichtiger und werthvoller Zusatzartikel; er macht das unschätzbare Privilegium des Jury-Verfahren in Civilfällen zu einem Verfassungsgrundsatze; dies ist ein Privilegium, welches kaum nachsteht der Jury in Criminalfällen, und diese ist, wie Alle zugeben, wesentlich für die politische und bürgerliche Freiheit."

Es scheint mir geeignet, den englischen und amerikanischen Autoritäten eine Ausführung von Tocqueville, des scharfsinnigen und geistreichen Beobachters amerikanischer Sitten und Zustände, beizufügen, weil er eine Seite des Jury-Instituts hervorhebt, deren Beachtung dem Fremden näher lag, und welche mir von hervorragender Wichtigkeit zu sein scheint, nämlich die Rückwirkung der Jury auf den ganzen Zustand des Volkes. Tocqueville sagt in seinen Untersuchungen über die Demokratie in Amerika, Band 2, Kap. 8:

„Wie man auch die Jury anwenden mag, so wird sie überall einen großen Einfluß auf den Nationalcharakter ausüben; aber dieser Einfluß wächst unendlich, sowie man solche in den Civilprozessen weiter ausbreitet.

Die Jury, und besonders diejenige in Civilprozessen, giebt allen Bürgern einen Anstrich der Gewohnheiten des Richterstandes, und diese gerade machen die Bürger zur Freiheit tüchtig. Sie verbreitet in allen Ständen den Respekt vor abgethanen Rechtssachen und die Idee des Rechts. Setzt man diese Ehrfurcht bei Seite, so wird die Liebe zur Unabhängigkeit nur eine zerstörende Leidenschaft.

Sie lehrt den Menschen die Ausübung der Billigkeit. Jeder, der in Prozessen seines Nachbars ein Urtheil als Geschworner fällt, denkt, daß er

Digitized by Google

auch einmal in einen solchen Fall kommen kann. Dies ist besonders bei der Jury in Civilsachen der Fall. Keiner, als nur ein Verbrecher, fürchtet in einen Criminalprozeß verwickelt werden zu können, wohl aber kann Jeder in einen Civilprozeß gerathen.

Die Jury lehrt jeden Menschen, nicht vor der Verantwortlichkeit seiner eigenen Handlungen zurückzuschrecken; eine Männlichkeit, ohne welche es keine politische Tugend giebt.

Sie bekleidet jeden Geschwornen mit einer Art der Magistratur, und läßt Jeden fühlen, daß er, weil er an der Regierung Theil nimmt, auch Pflichten gegen den Staat zu erfüllen hat. Indem sie die Menschen zwingt, auch mit etwas anderem, als mit den eigenen Geschäften, sich zu befassen, bestreitet sie den persönlichen Egoismus, den Rost unter civilisirten Menschen.

Die Jury dient unglaublich, das Urtheil zu bilden und die natürlichen Eigenschaften der Menschen zu vermehren. Dies ist nach meiner Meinung der größte Vorzug der Jury. Man muß sie als eine stets offene Freischule betrachten, worin jeder Geschworne sein Recht kennen lernt, in welcher er mit den aufgeklärtesten und am meisten unterrichteten Menschen der höheren Stände in tägliche Berührung kommt, worin ihm die Gesetze auf eine praktische Weise gelehrt werden, auf eine Art, die seinen Kenntnissen angemessen ist, durch die Bemühungen der Advokaten, durch die Winke der Richter und selbst durch die Leidenschaften der Parteien. Ich denke, daß man der Jury und ihrer langen Anwendung in Civilsachen hauptsächlich den praktischen Verstand und das gesunde politische Urtheil der Amerikaner zuschreiben muß.

Ich weiß nicht, ob die Jury denen nützlich ist, welche Prozesse haben, aber ich weiß, daß sie denen sehr nützlich ist, welche die Urtheile fällen sollen. Ich betrachte sie als eines der wirksamsten Mittel, die sich die Gesellschaft zur Erziehung des Volks bilden kann."

Etwas später äußert sich Tocqueville über das Verhältniß der Criminal- und Civiljury dahin:

„In Criminalprozessen, worin die Gesellschaft wider einen Verbrecher kämpft, ist die Jury geneigt, in dem Richter das leitende Werkzeug der Staatsmacht zu sehen, und setzt in seinen Rath Mißtrauen. Auch stützen sich die Criminalprozesse auf einfache Thatsachen, welche der gesunde Menschenverstand leicht anzuwenden versteht. Auf diesem Felde sind der Richter und der Geschworne einander gleich.

Dies ist nicht völlig so in Civilprozessen. Dort erscheint der Richter als ein uneigennütziger Schiedsrichter zwischen den Leidenschaften der Parteien. Die Geschwornen betrachten ihn mit Zutrauen und hören ihn mit Ehrerbietung an; denn hier beherrscht sein Verstand den ihrigen. Er entrollt vor ihnen die verschiedenen Argumente, womit er ihr Gedächtniß ermüdet

Digitized by Google

hat, und faßt sie bei der Hand, um sie durch die Abwege der Prozeßform zu leiten. Er engt sie ein durch die aufgestellten hauptsächlichsten Punkte und lehrt ihnen die auf die Rechtsfrage zu ertheilende Antwort. Sein Einfluß auf die Geschwornen ist fast grenzenlos. . . . . ."

„In England und in Amerika üben die Richter auf den Ausgang der peinlichen Prozesse einen Einfluß aus, welchen die französischen Richter niemals gekannt haben. Die Ursachen dieser Abweichung kann man leicht begreifen. Die englischen und amerikanischen Magistrate haben ihre Gewalt in Civilangelegenheiten festgestellt und üben sie in peinlichen Prozessen nur auf einem andern Schauplatze aus, erwarben sie aber in letzteren nicht."

II.

Enthält unser Rechtszustand, wie derselbe gegenwärtig ist, die Vorbedingungen zur Einführung der Civiljury?

Das einstimmige oder doch beinahe einstimmige Urtheil in den Gebieten des englischen Rechts billigt und lobt das Jury-Verfahren, und dieses Urtheil hat Geschichte, Erfahrung und Vernunft für sich. Wenn auch hervorragende Schriftsteller*) des englischen Rechts zu weit gehen mögen, indem sie den Grund der verschiedenen politischen und socialen Entwickelung in den Gebieten des englischen Rechts und auf dem europäischen Continente ganz vorwiegend darin setzen, daß in ersteren das auf germanischer Grundlage ruhende gemeine Recht (common law) sich erhalten hat, in letzteren aber das römisch-canonische Recht Eingang gefunden hat, so hat doch dieser Umstand erheblich mitgewirkt, und das Jury-Verfahren ist und bleibt „der Ruhm des englischen Rechts". Auf der andern Seite meint wohl Niemand, daß der gemeine deutsche Civilprozeß, wie er aus einer Mischung römischer, canonischer und germanischer Prinzipien durch Praxis und Gesetzgebung sich entwickelt hat, den Bedürfnissen unserer Zeit genüge; und auch die Zahl Derer ist im Abnehmen, welche meinen, daß, nach dem Vorgange der hannoverschen Prozeßordnung, dem deutschen Prozesse durch Einführung der von Frankreich erborgten Grundsätze der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit neues Leben eingehaucht, und auf diesem Wege ein haltbares sicheres Gebäude hergestellt werden könne. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß wir die Jury in den deutschen Civilprozeß einführen können und sollen.

Die Frage, ob unser Rechtszustand, wie er gegenwärtig ist, die Vorbedingung für Einführung der Civiljury enthält, bezieht sich sowohl auf den Civilprozeß als auch auf das Civilrecht.

---

*) Blackstone, Commentaries on the laws of England I., pag. 5, 66 und 67, III. pag. 380. — Story, Commentaries on the Constitution § 158.

Digitized by Google

In ersterer Beziehung ist eine ausführliche Untersuchung kaum nöthig. Der bei uns bestehende Prozeß ist nach seiner ganzen Anlage für ein Jury-Verfahren wenig geeignet. Nur in einem Abschnitt desselben, der Beweisaufnahme und der Beweisausführung, würde Raum für Mitwirkung einer Jury geschaffen werden können. Wenn aber das erste Verfahren, bis zum Beweisurtheil oder Beweisresultat einschließlich, im Wesentlichen unverändert beibehalten wird, und dann eine Jury, zur Untersuchung und Feststellung der im Beweisurtheil oder Beweisresultat hervorgehobenen streitigen Thatsachen zugezogen wird, so würde das Verfahren sehr weitläufig und schwerfällig werden; vorausgesetzt, daß wir nicht auf alle Kontrolen verzichten wollen, welche das Recht gegen übereilte und in dem Sachverhältniß nicht durchaus begründete Wahrsprüche und gegen irrthümliche Rechtweisung des Richters gewährt. Soll die Civiljury eingeführt werden, so muß das Verfahren vor derselben den Mittelpunkt des Prozesses bilden, ebenso wie bei dem Schwurgericht in Straffachen. Es würde sich dann empfehlen, den Prozeß im Wesentlichen in ähnlicher Weise zu gestalten, wie vorhin, bei Darstellung der Civiljury in den Gebieten des englischen Rechts, angegeben ist. Handeln wir nicht in dieser Weise, so werden wir voraussichtlich dieselbe Erfahrung machen, wie gegenwärtig bei Reform des Strafprozesses. Ein gutes tüchtiges Jury-Verfahren in Straffachen erfordert die Aufnahme mancher Institute und Regeln des englichen Strafprozesses, z. B. Oeffentlichkeit der Voruntersuchung, Kreuzverhör und eine der englischen analoge Konstruktion der Hauptverhandlung, wie der verehrte Präsident des Juristentages in seiner eben veröffentlichten Schrift: „Vier Fragen zur deutschen Strafprozeßordnung", überzeugend nachgewiesen hat. Ohne eine völlige Umarbeitung und Umgestaltung des Prozesses würde daher die Einführung der Civiljury unthunlich sein. Ich unterlasse eine weitere Ausführung, weil die Frage, ob die Jury in den deutschen Civilprozeß eingeführt werden soll, offenbar nur unter der Voraussetzung gestellt ist, daß die beabsichtigte Reform und Codification des Prozeßrechts zu Stande kommt.

Wichtiger ist die Frage: ist unser Civilrecht so beschaffen, daß es ein Verfahren mit Jury zuläßt?

Ich getraue mir diese Frage nur zu beantworten für das gemeine Recht und für das preußische Landrecht, da ich die andern in Deutschland geltenden Rechtssysteme aus eigener Handhabung nicht kenne.

Die vielen vortrefflichen Eigenschaften des römischen Rechts sind allgemein bekannt; ich wiederhole sie nur, um dem Vorwurfe zu entgehen, als ob ich dasselbe gering achtete. Seine Durchbildung und Technik ist vollendet, seine Unterscheidungen sind sachgemäß, seine Entscheidungen zeichnen sich meist aus durch Billigkeit. Seiner inneren Güte, Vollendung und Ueberlegenheit

Digitized by Google

verdankt es die weite Ausdehnung, welche es bei Völkern germanischen Ursprungs errungen hat, nachdem es Jahrhunderte lang beinahe vergessen war.

Aber für Handhabung durch Civiljury kann ich das heutige römische Recht nicht geeignet halten. Denn es ist für uns ein fremdes Recht, in fremder Sprache geschrieben. Es ist hervorgegangen aus den Sitten und Zuständen, dem Rechtsgefühl, der Gesetzgebung und der Rechtsprechung des römischen, nicht des deutschen Volkes. Es mag durch lange Handhabung Juristenrecht geworden sein und sich, ungeachtet der vielen ungelösten Controversen, zur Handhabung durch rechtsgelehrte Richter eignen; aber es ist niemals in Deutschland Volksrecht geworden und wird es schwerlich je werden. Nun kann aber ein fremdes unverstandenes Recht, welches ohne besondere Vorbildung unverständlich ist, und welches leidet an einer großen Zahl schwieriger ungelöster Controversen, Männern aus dem Volke nicht zur Handhabung überlassen werden. Darum sind auch mit dem Eindringen des römischen Rechts die volksthümlichen Elemente, welche in unserer früheren Rechtsprechung enthalten waren, schrittweise zurückgetreten und zurückgedrängt. Man mag diese Entwickelung beklagen, aber man muß anerkennen, daß sie eine nothwendige Consequenz der Reception des römischen Rechts war. Will man bei unserer Rechtsprechung in Civilsachen volksthümliche Elemente einführen, so ist der erste ganz unvermeidliche Schritt, daß der Grund, welcher sie verdrängt hat, beseitigt wird, daß also zunächst unser Recht volksthümlich, im besten Sinne dieses Wortes, gemacht wird.

Anstatt weiterer Ausführungen will ich Bezug nehmen auf Ihering, welcher in seiner viel Bedeutendes und Geistreiches enthaltenden Schrift, „Der Kampf um's Recht", Seite 89 und 90, sein Urtheil über das heutige römische Recht in folgenden Worten zusammenfaßt:

„Wenn ich dasselbe in wenig Worte zusammendrängen soll, so setze ich die Signatur der gesammten Geschichte und der gesammten Geltung des modernen römischen Rechts in das eigenthümliche, durch die Verhältnisse selber allerdings bis zu einem gewissen Grade nothwendig gemachte Uebergewicht der bloßen Gelehrsamkeit über alle jene Faktoren, welche sonst die Gestaltung und Entwickelung des Rechts bestimmen: das nationale Rechtsgefühl, die Praxis, die Gesetzgebung. Ein fremdes Recht in fremder Sprache, eingeführt durch die Gelehrten und nur ihnen vollständig zugänglich, und von vorn herein dem Gegensatz und Wechsel zweier ganz verschiedenartiger, oft sich selber gegenseitig bekämpfender Interessen ausgesetzt — ich meine das der rein unbefangenen historischen Erkenntniß und das der praktischen Accomodirung und Fortbildung des Rechts —, dem gegenüber eine Praxis ohne die nöthige Kraft der vollen geistigen Beherrschung des Stoffes und daher zur dauernden Abhängigkeit von der Theorie d. h. zur Unmündigkeit verdammt, der Parti-

Digitized by Google

cularismus in der Rechtsprechung wie in der Gesetzgebung dominirend über die schwachen, wenig entwickelten Ansätze zur Centralisation. Kann es uns Wunder nehmen, daß zwischen dem nationalen Rechtsgefühl und einem solchen Recht ein klaffender Zwiespalt bestand, daß das Volk sein Recht und das Recht das Volk nicht verstand? Einrichtungen und Sätze, die in Rom bei den dortigen Verhältnissen und Gewohnheiten verständig gewesen waren, gestalteten sich hier bei gänzlichem Wegfall ihrer Voraussetzungen geradezu zum Fluch, und nie, so lange die Welt steht, mag eine Rechtsprechung so sehr im Volke den Glauben und das Vertrauen zum Recht erschüttert haben, wie diese. Was soll der einfache, gesunde Verstand des Laien dazu sagen, wenn er mit einem Schein vor den Richter tritt, in dem sein Gegner bekennt, ihm 100 Gulden schuldig geworden zu sein, und der Richter den Schein einfach als cautio indiscreta bei Seite schiebt, oder dazu, daß ein Schein, der ausdrücklich das Darlehen als Schuldgrund nennt, vor Ablauf von zwei Jahren keine Beweiskraft hat?"

Auch Derjenige, welcher nicht mit allen diesen Sätzen einverstanden ist, wird einräumen, daß in ihnen viel Wahrheit enthalten ist. Dann aber ist von selbst klar, daß wir die Civiljury nicht einführen können, so lange das römische Recht in Geltung bleibt. Fügt man in das Bild, welches in Iherings beredten Worten entrollt wird, noch die Civiljury, so wird es vollends zum Zerrbilde. Wir erhalten dann Geschworne, welche nach aller Wahrscheinlichkeit der Instruktion des Richters über die Rechtsfrage häufiger keine Folge leisten, sei es nun, daß ihnen dieselbe unverständlich bleibt, sei es, daß sie mit ihrem Rechtsgefühl in Widerspruch steht; wir erhalten Gerichte, welche häufiger den Wahrspruch der Geschwornen bei Seite setzen und eine neue Hauptverhandlung, schwerlich mit besserem Erfolg, anordnen werden, weil der Wahrspruch der Geschwornen mit dem Gesetze nicht übereinstimmt. So wie aber Geschworne der Instruktion des Richters über Rechtsfragen ungehorsam werden, so wie sie sich über das Gesetz hinwegsetzen, einerlei aus welchen Gründen, wirkt die Civiljury nicht zum Vortheil, sondern zum Schaden der Rechtspflege und der Gerechtigkeit.

Das deutsche Privatrecht ist durch das Vorherrschen des römischen Rechts verkümmert. Diejenigen Institute desselben, welche sich erhalten haben, sind nicht selten so beschaffen, daß sie eine Rechtsprechung durch Geschworne noch weniger ertragen als das römische Recht. Das Meierrecht ist z. B. in der Provinz, welcher ich angehöre, durch das Eindringen romanistischer Tendenzen, durch einander widersprechende Entscheidungen der Gerichte und durch die gänzliche Aenderung der wirthschaftlichen und politischen Verhältnisse, aus denen es entstanden ist, in einen so trostlosen und zerfahrenen Zustand gekommen, daß es kaum noch durch rechtsgelehrte Richter gehandhabt werden

Digitized by Google

kann, daß aber eine Anwendung desselben durch Geschworne schlechterdings unthunlich ist. Die privatrechtliche Gesetzgebung in den Gebieten des gemeinen Rechts hat sich meist auf wenige Rechtsmaterien beschränkt; sie ist häufig veraltet, unbestimmt und unsicher. Es wäre eine mehr als peinliche Aufgabe für den Richter, die Regeln des deutschen Privatrechts und des Particularrechts Geschwornen darzulegen und zu erörtern — denn die Achtung des Richters hängt wenigstens theilweise davon ab, daß das Recht, welches er weist, Achtung verdient —; und das Resultat würde nur zu oft dasselbe sein, wie vorhin bei dem römischen Recht angegeben ist.

Das preußische Landrecht ist in deutscher Sprache geschrieben. Es enthält eine Verschmelzung des römischen und des deutschen Rechts, wie jedes deutsche bürgerliche Gesetzbuch, welches vor ihm oder nach ihm zu Stande gekommen ist oder zu Stande kommen wird. Aber es ist entstanden in einer Zeit, in welcher, wie v. Savigny in der gleich anzuführenden Schrift Seite 2 treffend bemerkt, durch den ganzen europäischen Continent ein völlig unerleuchteter Bildungstrieb sich regte, und es trägt nur zu viele Spuren dieser Zeit in sich. Nach Form und Fassung kann ich das Landrecht für Jury-Verfahren nicht geeignet halten. Für die landrechtlichen Juristen wird dieser Satz einer Begründung schwerlich bedürfen; für diejenigen Mitglieder des Juristentages, denen das Landrecht fremder ist, will ich zu seiner Begründung einige Urtheile hervorragender Kenner des Landrechts anziehen.

v. Savigny, in seiner bekannten Schrift, „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", sagt Seite 90 in einer durchaus wohlwollenden Kritik über das preußische Landrecht: „Was insbesondere die scharfe, individuelle Auffassung der Begriffe betrifft, so ist der nicht seltene Mangel derselben im Landrecht weniger auffallend und fühlbar, weil eben die materielle Vollständigkeit des Details ihrer Natur nach dahin strebt, diese Lücke auszufüllen. Was aber die praktischen Regeln selbst, als den eigentlichen Zweck jedes Gesetzbuches anlangt, so ist die Folge des hier beschriebenen Charakters, daß die meisten Bestimmungen des Landrechts weder die Höhe allgemeiner, leitender Grundsätze, noch die Anschaulichkeit des Individuellen erreichen, sondern zwischen beiden Endpunkten in der Mitte schweben, während die Römer beide in ihrer naturgemäßen Verknüpfung besitzen." Weniger höflich ist Koch, Lehrbuch des gemeinen preußischen Privatrechts, dritte Auflage, Band 1, Seite 37 und 38, wo er sagt: „Der dritte vorherrschende Gesichtspunkt (bei Abfassung des Landrechts) war das Streben nach Popularität. Man wollte das Recht jedem Einwohner zugänglich machen, und man versprach sich von deutschen Gesetzen ohne Lehrausdrücke einen besonderen Vortheil; denn man glaubte, daß nun ein jeder sich in den Besitz von juristischen Kenntnissen setzen könne, und hierdurch eine große Anzahl Prozesse

Digitized by Google

vermieden werden würde. Hiermit hängt zusammen die völlige Auflösung der Verbindung gewisser Sätze mit der Individualität der Institute, welche durch die eigenthümlichen Klagen vermittelt und gehalten wird. Diese suchte man zu verbannen, und die bestimmte Beziehung vieler Rechtssätze hob man auf, indem man daraus ganz allgemeine Rechtsregeln machte. Dieser Hang zum Generalisiren und Germanisiren, ohne bestimmte Ausdrücke zur Bezeichnung bestimmter Rechtsbegriffe an die Stelle der bisherigen Lehrausdrücke zu setzen, hat allein mehr als alle übrigen ungünstigen Umstände zusammengenommen die Unwissenschaftlichkeit, Unsicherheit, Unbestimmtheit und inhaltsleere Wortmacherei hervorgebracht, welche man in vielen Erlassen und Rechtsprüchen der preußischen Gerichte findet, und woran selbst die belehrenden und respondirenden Rescripte leiden. Ohne Wiederherstellung der Individualität der Rechtsverhältnisse und der Rechtsmittel kann in der Rechtspraxis niemals die Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen auch nur annäherungsweise erreicht werden, welche man so gern herstellen und erhalten möchte. Das Recht ist durch Herausnahme der individuellen Scheidungen, der eigenthümlichen Gerüste und Träger, in eine quecksilberähnliche Masse aufgelöst, aus welcher man sich vergeblich bemüht, einen bestimmten Theil zu unterscheiden, zu fassen und festzuhalten." Mit diesem Urtheil stimmt im Wesentlichen überein Förster, „Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts" Band 1, § 6.

Nun ist aber ein Recht, welches von den angesehensten Schriftstellern in dieser Weise charakterisirt wird, für Jury-Verfahren nicht tauglich. Wegen der häufig untrennbaren Verbindung von Rechts- und Thatfrage muß der Richter den Geschwornen das Gesetz erläutern, auslegen und klar machen. Dazu ist der Richter, um die Savigny'sche Terminologie zu benutzen, wohl im Stande bei allgemeinen leitenden Sätzen; wie z. B. nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest; semel heres semper heres. Solche Rechtsregeln können Geschwornen sehr wohl erläutert und kann ihre Anwendung auf einen vorliegenden Fall völlig deutlich gemacht werden. Dazu ist der Richter ferner im Stande bei Rechtsregeln, welche die Anschaulichkeit des Individuellen erreichen. Das englische Recht ist, ähnlich dem römischen, zu einem großen Theil durch die Rechtsprechung erzeugt (judge-made law). Der Richter kann den Geschwornen die Präcedenzfälle darlegen und die Rechtssätze entwickeln, welche in ihnen zur Anwendung gebracht sind, und dann die Beziehung dieser Rechtsregeln auf den vorliegenden Fall zeigen. Aber der Richter ist den Geschwornen gegenüber beinahe rathlos, wenn er Rechtsregeln hat, „welche weder die Höhe allgemeiner leitender Grundsätze, noch die Anschaulichkeit des Individuellen erreichen", wenn „das Recht in eine quecksilberähnliche Masse aufgelöst ist, aus welcher man sich

Digitized by Google

vergeblich bemüht, einen bestimmten Theil zu unterscheiden, zu fassen und festzuhalten.

Wird der Versuch gemacht, in den gegenwärtigen Rechtszustand der Gebiete des gemeinen und des preußischen Rechts das Institut der Civiljury einzuführen, so wage ich wenigstens nicht, die daraus entstehenden Folgen vorauszubestimmen. Nur das glaube ich sagen zu dürfen, daß der Versuch ein sehr gefährlicher wäre, und gefährliche Experimente sollte man auf dem Gebiete der Rechtspflege nicht machen.

So sehr ich wünschte, die in diesem Abschnitt erörterte Frage bejahen zu können, ebenso bestimmt glaube ich dieselbe verneinen zu müssen; ich meine demnach, daß unser Rechtszustand, wie er gegenwärtig ist, wenigstens in den Gebieten des gemeinen Rechts und des preußischen Landrechts, die Einführung der Civiljury nicht verstattet.

III.

Ist es rathsam, bei der bevorstehenden Reform und Codification des Prozeßrechts und des Civilrechts auf Einführung der Jury Bedacht zu nehmen?

Mit der Ausführung im vorigen Abschnitte dürfte die Aufgabe des Gutachters noch nicht erschöpft sein. Denn wir sind im Begriff, unser Prozeßrecht und Civilrecht zu reformiren und zu codificiren. Es wird allgemein gehofft, daß eine Civilprozeßordnung und ein bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich in nicht ferner Zeit zu Stande kommen wird. Soll bei der Codification des Prozeßrechts und des Civilrechts auf Einführung der Jury Bedacht genommen werden? Welche Vortheile und welche Nachtheile würden hieraus voraussichtlich entstehen?

1.

Den Hauptvortheil der Civiljury würde ich bei uns, ebenso wie in den Gebieten des englischen Rechts, in die günstige Mitwirkung setzen, welche dieselbe auf die Einsicht, das Urtheil und den Charakter des Volkes übt. Wir würden Vortheile erreichen, ganz ähnlich denjenigen, welche Tocqueville in den vorhin (I. 2) angeführten Worten beschreibt. Die Kenntniß des Rechts im Volke würde zunehmen, wenn die Civiljury eingeführt wird. Der Geschworne lernt das Recht und damit auch sein eigenes Recht kennen und vertheidigen, indem er im Streite seiner Nachbarn, unter Leitung und Kontrole des Richters, das Recht findet. Wird ein bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich erlassen, so ist dringend zu wünschen, daß dessen Bestimmungen rasch bekannt werden. Dazu giebt

Digitized by Google

es kein besseres Mittel, als Zuziehung von Männern aus dem Volke bei Anwendung dieses Gesetzbuches auf die Streitfälle zwischen Parteien. Die Achtung des Rechts im Volke würde zunehmen, wenn dessen Handhabung nicht mehr ausschließlich in den Händen eines bestimmten Berufsstandes liegt. Jedes Urtheil ist die Anwendung des Gesetzes auf den vorliegenden Fall und damit ein Akt des Gehorsams gegen das Gesetz. Die Achtung des Rechts wird steigen, je größer die Zahl der Personen wird, welche diesen Gehorsam praktisch üben. Die Mitwirkung des Laienelements bei Handhabung der Gesetze hat in der verhältnißmäßig geringen Ausdehnung, in welcher sie bei uns besteht, schon sehr wohlthätige Folgen gehabt, wie allgemein anerkannt ist. Das Zutrauen des Volkes zur Rechtspflege würde zunehmen, wenn die Urtheile nicht ausschließlich von rechtsgelehrten Richtern gefunden werden, sondern Männer aus dem Volke die streitigen Thatsachen feststellen. Mit der Civiljury findet das nationale Rechtsgefühl seinen Eintritt in die Gerichte; die ausschließliche Herrschaft der bloßen Gelehrsamkeit ist zu Ende. Ueber die Vortrefflichkeit der Selbstverwaltung — in abstracto — besteht bei uns kaum noch Streit; die Civiljury ist das Institut, durch welches das Volk bei Handhabung der Civiljustiz Selbstverwaltung übt. Es kommt nicht allein darauf an, daß die Handhabung der Justiz rein, unparteiisch und einsichtig ist; es kommt auch darauf an, daß sie dafür anerkannt wird, und dafür weiß ich kein besseres Mittel als Zuziehung und Mitwirkung des Laienelements in der bewährten Form der Jury. Und endlich sagt Tocqueville mit Recht: „Die Jury dient unglaublich, das Urtheil zu bilden und die natürlichen Einsichten der Menschen zu vermehren", und sie thut dies gerade in einer Richtung, in welcher der freie Staat der Einsichten und des Urtheils seiner Bürger bedarf. In dieser Beziehung ist die Civiljury noch werthvoller als die Strafjury; und letztere dürfte erst dann vollständig gesichert sein, wenn auch erstere Eingang gefunden und durch Uebung dem Volke werth geworden ist.

Diese Vortheile sind so bedeutend, daß ich dagegen die Belästigung, welche für das Volk aus dem Jury-Dienst entsteht, kaum in Anschlag bringen würde. Die Erfüllung der Jury-Pflicht mag unter Umständen für den Einzelnen hart und drückend sein; aber die Geschwornen werden durch Erfüllung dieser Pflicht so sehr an Einsicht und Urtheil gewinnen, und der ganze Rechtszustand wird sich so consolidiren und bessern, daß die Vortheile die Nachtheile weit überwiegen.

2.

Ein anderer Hauptvorzug der Jury, und insbesondere der Civiljury, besteht darin, daß sie die Gerichtsverfassung eines Landes ungemein

Digitized by Google

stärkt und kräftigt und dadurch geeignet macht, gegen Ungerechtigkeit und Willkür, sowohl der Regierung als auch einzelner Klassen des Volkes wirksamen Schutz zu gewähren. Einen solchen Schutz wird man nach aller Erfahrung vergeblich erwarten von Richtern, welche allein stehen, ohne Zusammenhang mit dem Volke und, wie auf dem europäischen Continente, in mannigfacher Abhängigkeit von der Exekutive. So gestellte Richter werden die Schicksale der Regierung theilen, von welcher sie nur einen Theil bilden. Verletzt die Regierung Verfassung und Gesetz, so gewähren die Gerichte keinen wirksamen Schutz, verletzen einzelne Klassen des Volkes Verfassung und Gesetz, so findet die Regierung, sobald die Leidenschaften hoch gehen, keinen wirksamen Schutz bei den Gerichten. Die große Stabilität der Staats- und Rechtsentwickelung, welche die Gebiete des englischen Rechts auszeichnet, hat zum guten Theil ihren Grund in der ungemein starken und kräftigen Gerichtsverfassung.

Es wäre interessant und lehrreich, diese allgemeinen Sätze durch Hinweis auf einzelne Rechtsfälle zu illustriren, etwa mit einander zu vergleichen den Fall der sieben englischen Bischöfe, welche im Jahre 1688 bei König Jacob II. gegen das unbeschränkte von der Krone in Anspruch genommene Dispensationsrecht remonstrirten, darauf wegen Schmähschrift (libel) vor dem Court of King's Bench angeklagt, aber freigesprochen wurden*), und den Fall der sieben Göttinger Professoren, welche im Jahre 1837 in einer sehr bescheidenen Vorstellung an das Universitäts-Curatorium gegen die willkürliche Aufschiebung des unzweifelhaft in anerkannter Wirksamkeit stehenden hannoverschen Staatsgrundgesetzes remonstrirten, darauf ohne Urtheil und Recht ihrer Aemter entsetzt und theilweise des Landes verwiesen wurden, und dawider ohne allen Erfolg bei den Gerichten ihres Landes um Abhilfe nachsuchten.**) Aber der Raum des Gutachtens verstattet nicht eine solche Be-

*) Vergl. die interessante und spannende Darstellung dieses Prozesses in Macaulay's englischer Geschichte, Band 3, Kap. 8.

**) Die sieben Göttinger Professoren, Albrecht, Dahlmann, Ewald, Gervinus, Jacob Grimm, Wilhelm Grimm und Weber, erhoben 1838 bei der Justiz-Kanzlei in Hannover Klage auf Fortzahlung ihres Gehalts und auf Entschädigung. Der Professor Gervinus klagte außerdem, daß ihm die Rückkehr in das Königreich Hannover und in die Universitätsstadt Göttingen und die Ausübung seines öffentlichen Lehramtes als ordentlicher Professor an der Georg-August-Universität verstattet werde. Die letztere Klage wurde wegen mangelnder Kompetenz zurückgewiesen, „da zur beantragten Wiederaufhebung der in der Landesausweisung und Dienstentlassung des Klägers zu findenden, Allerhöchsten Orts beschlossenen Regiminal-Verfügungen die Gerichte keineswegs berechtigt sind." Dagegen wurde die Klage auf Fortzahlung des Gehalts und auf Entschädigung für statthaft erkannt, und die Justiz-Kanzlei beharrte bei dieser Ansicht, ungeachtet der Staats- und Cabinets-Minister v. Schele

Digitized by Google

gründung; es soll daher nur kurz angegeben werden, in welcher Weise die Gerichtsverfassung durch Einführung der Jury gestärkt und gekräftigt wird.

a) Die Einführung der Civiljury und was damit in Verbindung steht, die Gestaltung des Civilprozesses analog dem englischen, würde eine sehr erhebliche Verminderung der Zahl der Richter zur Folge haben. Mit einer Civilprozeßordnung des Inhalts, wie sie in den Gebieten des englischen Rechts hergebracht ist, kann ein Richter die Arbeit thun, zu deren Bewältigung bei uns, theilweise wegen Schwerfälligkeit des Verfahrens und wegen Zerreißung des Prozesses in zuviele Abschnitte, theilweise um deswillen, weil bei uns den Richtern manche Arbeit aufgebürdet ist, welche in den Gebieten des englischen Rechts den Anwälten, den Gerichtsschreibern und andern Personen obliegt, theilweise endlich wegen übermäßiger Besetzung der Gerichtsbank, fünf und noch mehr Richter nöthig sind. Eine Vereinfachung und Concentration des Prozesses und eine Entlastung der Richter von Geschäften nicht wesentlich richterlicher Art würde auch ohne Einführung der Civiljury möglich sein; indessen wird es, mit einigen Reformen, wegen der großen Kraft des Gewohnten und Hergebrachten, wohl im Wesentlichen beim Alten bleiben, wenn nicht die Einführung der Civiljury zu durchgreifenden Reformen zwingt. Aus einer Herabsetzung der Zahl der Richter folgt aber

in Rescripten an das Prozeßgericht hervorhob, daß es sich um eine Regierungs- und nicht um eine Justizsache handele, und daß, „wollte man den Landes-Justiz-Collegien das Recht einräumen, über die Entlassung königlicher Diener eine Untersuchung anzustellen und eine Entscheidung darüber abzugeben, sie in der That Inhaber der Staatsgewalt und über den Regenten des Landes gestellt werden würden." Durch königliche Verordnung vom 21. Januar 1839 wurde ein Staatsrath eingesetzt, um die zwischen den Gerichts- und den Verwaltungsbehörden entstehenden Kompetenz-Streitigkeiten zu entscheiden. Auf Anstehen des Staats- und Cabinets-Ministers wurde der Rechtsweg in der Sache der Göttinger Professoren durch diesen während der Dauer der Prozesse eingesetzten Staatsrath für unzulässig erkannt, und wurden dadurch die Klagen erledigt. — Gegen die ganz willkürliche Aufhebung des hannoverschen Staatsgrundgesetzes erhoben einzelne Personen und Corporationen mannhaften Widerstand. Aber geordneter Widerstand hätte nur dann von Erfolg sein können, wenn die hannoverschen Gerichte in der Lage gewesen wären, die Verfassung ihres Landes zu schützen und aufrecht zu halten. — Nun braucht wohl kaum ausgeführt zu werden, daß, wenn in Hannover der englische Grundsatz gegolten hätte: „Niemand kann in seinem Eigenthum, seiner Freiheit oder seiner Person berührt werden, außer durch das einstimmige Urtheil von zwölf seiner Nachbarn und Genossen," die sieben Professoren sicherlich nicht ohne Urtheil und Recht ihrer Aemter entsetzt und theilweise des Landes verwiesen wären, und daß, wenn die hannoversche Gerichtsverfassung nur annähernd so stark und kräftig wie die englische gewesen wäre, die Aufhebung des Staatsgrundgesetzes gewiß unterblieben und Deutschland eine Reihe von Rechtsverletzungen erspart wäre, welche die Schutzlosigkeit des öffentlichen Rechts in trauriger Weise manifestirten.

Digitized by Google

unmittelbar und mittelbar eine Verstärkung der richterlichen Gewalt. In je weniger Händen dieselbe concentrirt ist, um so größer ist das Ansehen und der Einfluß der Richter. Und sodann beruht die Autorität der Richter nicht allein auf ihrer Amtsgewalt, sondern zum guten Theil auch auf ihren moralischen und intellectuellen Eigenschaften; je geringer die Zahl der Richter, um so höhere Anforderungen kann man hieran mit Grund stellen.

b) Nach Einführung der Civiljury theilen die Richter allerdings in einer erheblichen Beziehung, nämlich bezüglich der Feststellung streitiger Thatsachen, ihre Gewalt mit den Geschwornen. Allein dies ist nur scheinbar eine Minderung ihrer Autorität, in Wirklichkeit eine Steigerung derselben. Der Richter in den Gebieten des englischen Rechts vergißt niemals, daß seine Einsicht die Geschwornen leiten und bestimmen muß; er kann sein schwieriges und verantwortliches Amt nicht in befriedigender Weise verwalten, wenn er keinen Einfluß auf die Geschwornen hat; er muß daher auch seine Anschauungs- und Denkweise so einrichten, daß er dieses Einflusses nicht verlustig geht. Während auf der einen Seite der Richter eine stete Einwirkung auf die Geschwornen übt, üben auf der anderen Seite die Geschwornen eine stete Einwirkung auf den Richter. Hieraus entsteht das harmonische Zusammenwirken der rechtsgelehrten Richter und der Geschwornen in den Gebieten des englischen Rechts, worauf zum guten Theil die Kraft der Gerichtsverfassung in derselben beruht.

Vorhin wurde der Fall der sieben Göttinger Professoren angeführt, um die Unzulänglichkeit der Gerichtsverfassung in den deutschen Staaten an einem Beispiele zu zeigen. Die Jurisprudenz der hannoverschen Gerichte enthält eine größere Zahl anderer Fälle, welche denselben Beweis liefern. Wer die Verfassungskämpfe in den einzelnen deutschen Staaten bis auf unsere Zeit sich vergegenwärtigt, wird anerkennen, daß die Gerichtsverfassung in Deutschland einer Stärkung bedarf. Zudem sind die Aufgaben, deren Lösung den Gerichten obliegt, durch Einführung der Reichsverfassung erheblich vermehrt.*) Nachdem die tüchtig und großartig angelegten Reichsgerichte mit dem Verfall des früheren deutschen Reiches in Verfall geriethen, sind unsere Gerichte nicht mehr das gewesen, was die Gerichte in den Gebieten des englischen Rechts seit zwei Jahrhunderten (jedenfalls seit der bill of rights) sind, wirksame Schutzanstalten gegen Verfassungsverletzungen, Bollwerke der Verfassung, welche den Leidenschaften der Parteien Maß und Ziel setzen. Die Einführung der Civiljury würde allerdings unsere Gerichte noch nicht zu dem

*) Die neuen und schwierigen Aufgaben, welche durch die Reichsverfassung und Reichsgesetzgebung für die richterliche Gewalt entstanden sind, habe ich in meinen Untersuchungen über die Reichsverfassung, Hannover 1873, S. 171—214, darzustellen versucht.

Digitized by Google

machen, was die Gerichte in den Gebieten des englischen Rechts seit langer Zeit sind; aber sie würde doch unsere Gerichtsverfassung erheblich kräftigen.

3.

Weiter kommt in Betracht die Rückwirkung, welche die Einführung der Jury auf die Gestaltung des Civilprozesses und auf das Civilrecht üben würde.

Was den Civilprozeß angeht, so würde es, wie bereits hervorgehoben, nöthig sein, denselben in ähnlicher Weise zu gestalten wie den englischen Prozeß, selbstverständlich unter Weglassung der vielen historischen Förmlichkeiten, welche Zeit und Geld kosten, welche aber materiell bedeutungslos sind, und in den Gebieten des englischen Rechts nur darum festgehalten werden, weil man dort ungemein zähe am Alten und Hergebrachten haftet.

Folgende Unterschiede des englischen und des deutschen Prozesses dürften vornehmlich Beachtung verdienen.

a) Die Vorbereitung der Hauptverhandlung, namentlich der Schriftenwechsel, ist im Jury-Verfahren Sache der Parteien, und tritt in diesem Stadium des Prozesses eine Einwirkung des Gerichts nur unter besonderen Umständen und nur auf Anruf ein. Jede Partei muß wissen, was sie zu behaupten, zu erweisen, und wie sie es zu erweisen hat; sie erhält hierüber keine Rechtsbelehrung durch Beweisurtheil oder Beweisresolut. Die Thätigkeit des Richters beginnt in der Regel erst mit der Hauptverhandlung.

b) Da das Verfahren zur Entscheidung streitiger Rechtsfragen (issues of law) und streitiger Thatfragen (issues of fact) ein verschiedenes ist, so würden in denjenigen Prozessen, in welchen beide neben einander vorkommen, nach einander die Rechtsfragen und die Thatfragen untersucht und festgestellt werden müssen. Es ist anzuerkennen, daß hieraus einige Verzögerung der endlichen Entscheidung des Rechtsstreits entstehen kann.

c) In den weitaus meisten Prozessen handelt es sich lediglich um streitige Thatfragen, da das Recht bestimmt sein kann und muß, und da die häufig zweifelhafte Subsumtion eines Thatumstandes unter einen Rechtssatz in der Regel auf eine streitige Thatfrage hinausläuft. In diesen Fällen, überhaupt zur Feststellung streitiger Thatfragen, gewährt der englische Prozeß den großen Vortheil, daß die gesammte Verhandlung, also die Aufstellung der Behauptungen, die Aufnahme der Beweise und die Prüfung der Beweisführung in einen einzigen Termin zusammengedrängt wird, und zwar, wie mir scheint, sehr zum Vortheil einer einsichtigen und gerechten Entscheidung (vgl. die Untersuchung unter 4).

d) Es würde nöthig sein, die Bestimmungen des englischen Rechts über Incidentverfahren (motions) anzunehmen, und davon einen ähnlichen Ge-

Digitized by Google

brauch zu machen, wie in dem englischen Prozeß, namentlich auch zur Aufnahme solcher Beweise vor der Hauptverhandlung, welche nicht zur Stelle gebracht werden können.

e) Die Beweisaufnahme in dem Jury-Verfahren geschieht durch die Parteien, mit Befugniß des Richters, solche Fragen an Zeugen und Sachverständige zu richten, welche er zur Klarstellung des Inhalts der Aussage und zur Aufklärung des Sachverhältnisses für diensam erachtet. Probatio fit judici. Bei Einführung der Civiljury würden wir die Beweisaufnahme durch die Parteien recipiren müssen, schon um deswillen, weil der Richter sonst mit Arbeit in der Hauptverhandlung völlig überlastet wäre, und um eine gerichtliche Beweisantretung im Sinne unseres Prozeßrechts, welche dem gemeinen englischen Recht fremd ist, zu sparen.

f) Parteieide im Sinne unseres Prozeßrechts sind mit dem Jury-Verfahren nicht vereinbar; dagegen würde jeder Partei die Befugniß zu gewähren sein, die Gegenpartei zeugeneidlich über die streitigen Thatfragen zu vernehmen, wie das mit gutem Erfolge in den Gebieten des englischen Rechts gegenwärtig geschieht.

g) Alle Kontrolen, welche das englische Recht gegen übereilte, mit den Beweisen nicht im Einklang stehende Wahrsprüche gewährt, würden mit der Civiljury eingeführt werden müssen, obwohl sie zu einer erheblichen Verzögerung der endlichen Entscheidung des Rechtsstreits führen können und nicht selten führen werden. Völker, denen das Jury-Verfahren fremd ist, sollten den Geschwornen nicht mehr Macht geben, wie sie in den Gebieten des englischen Rechts haben. Für die Nothwendigkeit dieser Kontrolen muß der Umstand ausreichender Beweis sein, daß sie in dem Heimathslande der Jury für nöthig erachtet sind. Ob wir auf Grund eigener Erfahrung demnächst von diesen Kontrolen etwas abnehmen können, entzieht sich zur Zeit der Untersuchung.

Was sodann das Civilrecht angeht, so ist davon auszugehen, daß eine völlige Scheidung der Rechtsfrage und der Thatfrage unmöglich ist. Das allgemeine Verdict ist eine Schlußfolgerung aus dem Gesetze und aus den Thatsachen des Falles, und bringt daher alle mit den Thatfragen verbundenen Rechtsfragen unter die Cognition der Geschwornen. Aber auch wenn den Geschwornen anbefohlen wird, keinen allgemeinen Wahrspruch einzubringen, sondern die einzelnen streitigen Thatfragen festzustellen, kann denselben die Entscheidung über manche Rechtsfragen nicht entzogen werden. Die Thatfrage, ob A. dem B. ein Haus verkauft hat, enthält z. B. die Rechtsfragen, ob die Contrahenten handlungsfähig waren, ob sie im Ernste handelten, ob ihre Willensübereinstimmung einen ausreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat, ob endlich die Formen gewahrt sind, welche das

Digitized by Google

Gesetz für den Verkauf eines Immobile vorschreiben mag. Nun ist es zwar nothwendig, daß Geschworne bei der Entscheidung von Rechtsfragen der Instruktion Folge leisten, welche der rechtsgelehrte Richter ihnen ertheilt; aber diese Folgeleistung hat zur Voraussetzung, daß der Richter ihnen das Gesetz klar macht und klar machen kann. Das Gesetz muß daher in einem solchen Zustande sein, daß es schlichten Männern ohne besondere Vorbildung klar gemacht werden kann. Das Gesetz muß ferner in einem solchen Zustande gehalten werden, daß es mit dem gesunden natürlichen Rechtsgefühl des Volkes übereinstimmt. Denn sonst wäre Gefahr, daß Geschworne, ungeachtet ihres Eides, sich über das Gesetz des Landes hinwegsetzten. Die Untersuchungen über Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit einzelner Rechtsinstitute und Rechtssätze, welche man in der Instruktion des Richters an die Jury und in englischen Rechtsbüchern so oft findet, und der gesunde Sinn, in welchem diese Untersuchungen durchweg angestellt werden, haben schließlich ihren Grund darin, daß den Geschwornen das Gesetz immer und immer wieder klar gemacht werden muß, und daß Gehorsam gegen ein ungerechtes und unbilliges Gesetz von denselben auf die Dauer nicht erwartet werden kann.

Hieraus ist ersichtlich, eine wie schwierige Anforderung die Einführung der Civiljury an die Reform und Codification des Civilrechts stellen würde. Bei jeder Bestimmung des bürgerlichen Gesetzbuches würde zu prüfen sein, ob sie für Jury-Verfahren geeignet ist. Indessen ist diese Anforderung keine unlösbare. Durch Jahrhunderte lange Erfahrung ist unwiderleglich erwiesen, daß das gemeine englische Recht für Handhabung durch Jury unter Instruktion und Kontrole des Richters völlig geeignet ist. Sind andere Völker im Stande gewesen, ein für Jury-Verfahren geeignetes bürgerliches Recht zu erzeugen, so dürfen wir eine gleiche Anforderung an unsere Gesetzgebung stellen.

Es erübrigt, die Resultate aus vorstehenden Bemerkungen zu ziehen. Die Rückwirkung, welche die Einführung der Jury auf das Prozeßrecht und das Civilrecht üben würde, glaube ich als eine vorwiegend günstige bezeichnen zu dürfen. Eine Reform des Prozeßrechts in den vorhin angegebenen Richtungen halte ich für wünschenswerth und vortheilhaft, der Raum des Gutachtens verstattet freilich keine eingehendere Begründung. Daß unser Civilrecht volksthümlich, im besten Sinne des Wortes, gemacht wird, ist ein allgemeiner und berechtigter Wunsch; die Civiljury zwingt dazu, einen solchen Zustand des Civilrechts anzustreben. Im Anschluß an eine vorhin gemachte Bemerkung und zur Ergänzung derselben, nämlich, daß die Civiljury ein sehr geeignetes Mittel sei, um die Kenntniß eines neuen Gesetzbuches rasch zu verbreiten, muß allerdings anerkannt werden, daß ein neues Gesetzbuch, dessen einzelne Bestimmungen noch nicht durch die Praxis festgestellt sind, besondere Schwierigkeiten für das Jury-Verfahren bietet. Die Rechtsbelehrung des

Digitized by Google

Richters würde bei einem neuen Gesetzbuche häufiger mit Erfolg angefochten werden, als bei einem durch zahlreiche Präcedenzfälle fest umgrenzten Rechte. Auch mag noch bemerkt werden, daß es wünschenswerth ist, vor Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuches festzustellen, ob die Civiljury eingeführt werden soll, da ein für ausschließliche Handhabung durch rechtsgelehrte Richter und ein für Handhabung im Jury-Verfahren berechnetes Gesetzbuch nach Form und Fassung verschieden sein wird. Endgiltig wird freilich die Frage, ob und in welchem Umfange die Jury einzuführen ist, m. E. erst dann beantwortet werden können, wenn das erwartete bürgerliche Gesetzbuch vorliegt, und nach sorgfältiger Untersuchung aller Bestimmungen desselben entschieden wird, daß es für Jury-Verfahren geeignet ist.

4.

Wenn man weiter auf den einzelnen Fall sieht und die Frage so stellt: in welcher Weise wird die Einführung der Civiljury auf die Entscheidung desselben einwirken, so dürften Vortheile und Nachtheile zu verzeichnen sein, erstere jedoch möchten überwiegen.

Zunächst wird die Concentration des Verfahrens in Eine Hauptverhandlung (abgesehen von der getrennten Entscheidung reiner Rechtsfragen), welche bei Einführung der Civiljury unvermeidlich ist, bewirken, daß der Rechtsstreit behandelt wird als dasjenige, was er in Wirklichkeit ist, ein Stück des Lebens, ein Ganzes, welches nicht beliebig auseinander gerissen und in verschiedene Theile zerlegt werden kann. Die Zersetzung des Rechtsverhältnisses im Prozesse und durch denselben, worüber so oft mit Grund geklagt ist, würde daher aufhören.

Sodann zwingt das Jury-Verfahren die Parteien, die Streitpunkte bestimmt und scharf zu fixiren und Nebendinge, welche für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht erheblich sind, bei Seite zu lassen. In dieser Beziehung hat schon die Einführung des öffentlich-mündlichen Verfahrens ungemein wohlthätig gewirkt; die Einführung der Civiljury würde einen weiteren Fortschritt herbeiführen. Wer Schriftsätze in deutschen und englischen Prozessen nach einander liest und mit einander vergleicht, wird finden, daß letztere ungleich kürzer und conciser sind und das Sach- und Streitverhältniß mit wenigen kurzen Worten hinstellen. Jede Partei, welche nicht in dieser Weise verfährt, hat zu gewärtigen, daß bei der Hauptverhandlung ein Theil ihres Vorbringens auf Antrag der Gegenpartei von dem Richter bei Seite gesetzt wird (overruled), wodurch die Sache in den Augen der Geschwornen natürlich nicht gewinnt.

Endlich und vornehmlich bringen die Geschwornen zur Entscheidung des einzelnen Falles einen guten Theil gewöhnlicher Lebenserfahrung und von

Digitized by Google

gesundem praktischen Urtheil mit. Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit (Lex 2 Dig. 22, 6), — bei Interpretation der Willenserklärungen, bei Würdigung der beigebrachten Beweise, überhaupt bei Untersuchung und Feststellung streitiger Thatsachen kommt es weniger auf Gelehrsamkeit an, als auf gesunden praktischen Sinn. In ersterer Beziehung sind die Richter den Geschwornen überlegen, in letzterer Beziehung stehen beide einander gleich, und sind Geschworne sehr geeignet, Einseitigkeiten und Vorurtheile, welche leicht bei Richtern zur Entstehung kommen, die ohne Konkurrenz von Laien Rechtsstreite entscheiden, zu hindern oder doch unschädlich zu machen. In einem richtigen gesunden Zusammenwirken von Richtern und Geschwornen liegt eine vorzügliche Garantie eines richtigen Urtheils, sowohl in Civil- als auch in Straffällen.

Auf der andern Seite muß hervorgehoben werden, daß mit den Geschwornen nicht allein natürliches Rechtsgefühl, gesunde Lebenserfahruug und praktisches Urtheil, sondern auch Vorurtheil, Leidenschaft, vielleicht auch Unwissenheit, Uebermuth und Parteilichkeit in die Gerichte Eingang finden. Es kommt darauf an, die guten Eigenschaften der Geschwornen für Entscheidung des Rechtsstreits nutzbar zu machen, dagegen die schädlichen fern zu halten. Aus diesem Grunde hat das englische Recht weislich dem Richter die Befugniß gegeben, den Wahrspruch bei Seite zu setzen und eine neue Hauptverhandlung anzuordnen, wenn er findet, daß der Wahrspruch ohne Beweis oder gegen den vorgebrachten Beweis ist.

5.

Bislang sind vorwiegend Vortheile des Jury-Verfahrens angeführt; es sind aber auch mehrere Nachtheile hervorzuheben.

Die Rechtspflege in den Gebieten des englischen Rechts leidet, wie allgemein bekannt, an zwei Fehlern; sie ist sehr kostspielig und sie ist langsam. „Cheap justice and quick justice“ ist eine oft und mit gutem Grund aufgestellte Forderung. Beide Fehler haben ihren Grund zum großen Theil in der Gerichtsverfassung, in der Einrichtung der Advokatur und in dem Gebührenwesen, was auseinanderzusetzen hier nicht der Platz ist, zum Theil aber auch in dem Jury-Verfahren.

Eine Vertheuerung der Prozesse in Folge Einführung der Civiljury würde namentlich in folgender Beziehung eintreten:

a) Geschworne in Civilsachen erhalten in den Gebieten des englischen Rechts überall eine Vergütung. Ein solcher Anspruch ist in der Billigkeit durchaus begründet. Wer Zeit und Arbeit aufwendet, um bei Entscheidung der Prozesse seiner Mitbürger als Geschworner mitzuwirken, hat einen mindestens so guten Anspruch auf Vergütung, wie Zeugen und Sachverständige.

Digitized by Google

b) Die Thätigkeit der Anwälte ist in dem Jury-Verfahren ungleich ausgedehnter, umfassender und schwieriger als in unserem Verfahren. Die Honorare derselben würden darum auch beträchtlich erhöht werden müssen.

c) Beweise, welche zur Stelle zu bringen unmöglich oder gar zu umständlich und kostspielig ist, können zwar außerhalb der Hauptverhandlung aufgenommen werden; doch sollte dies, wie es auch in den Gebieten des englischen Rechts der Fall ist, nur unter ganz außergewöhnlichen Umständen verstattet werden.

d) Richter und Geschworne dürfen nicht unbeschäftigt warten. Die Verhandlung des einen Falles muß beginnen, sobald der vorhergehende beendet ist. Zeugen und Sachverständige werden daher häufiger für einige Zeit zur Disposition des Gerichts gehalten werden müssen, wodurch der Betrag der Entschädigung, auf welche sie ein Anrecht haben, größer wird.

Die Vertheuerung der Prozesse in Folge Einführung der Civiljury läßt sich schwer im Voraus bestimmen. Der durchschnittliche Betrag der Prozeßkosten würde indessen mindestens auf das Doppelte des bei uns üblichen Betrages steigen. Dies ist ein Nachtheil, welcher aber, wie mir scheint, auch Vortheile herbeiführen würde. Die Zahl der Civilprozesse in Deutschland ist ganz übermäßig groß; in zahlreichen Fällen wäre ein Prozeß bei gutem Willen vermeidbar. Hohe Prozeßkosten sind nicht allein ein heilsames Abschreckungsmittel gegen unnöthige Prozesse; sie enthalten auch, worauf ich mehr Gewicht lege, eine gesunde Bestrafung desjenigen, welcher sich einer Rechtsverletzung schuldig macht und dadurch den Prozeß veranlaßt. Für arme Parteien würde selbstverständlich Armenrecht und Armenanwaltschaft fortbestehen müssen.

Aus welchen Gründen das Jury-Verfahren eine Verzögerung der endlichen Entscheidung des Rechtsstreits herbeiführen kann, ist bereits vorhin bei Untersuchung der Rückwirkung der Jury auf die Gestaltung des Civilprozesses, angedeutet.

Ein anderes, wie mir scheint, gewichtiges Bedenken gegen Einführung der Civiljury besteht darin, daß wir keine oder nur wenige im Jury-Verfahren geübte Richter, Anwälte und Geschworne haben. „Man is a creature of habit“, das gilt insbesondere auch von dem conservativen Juristenstande. Es würde einige Zeit darüber hingehen, bis Richter und Anwälte ihre Amtsgewohnheiten, welche für das gegenwärtig bestehende Verfahren geeignet und demselben angepaßt sind, ablegen und die für ein tüchtiges Jury-Verfahren nöthigen Eigenschaften erwerben. Die wohlthätigen Folgen der Civiljury würden daher nicht sofort hervortreten. Es würde mit dieser Reform gehen, wie mit manchen andern großen Reformen; nicht die Generation, welche sie

Digitized by Google

einführt, sondern die nachfolgenden Generationen haben die Hauptvortheile derselben. Ich werde hierauf unter IV. zurückkommen.

Endlich ist der gegenwärtige Zustand der legislativen Arbeiten auf dem Gebiete der Reichsgesetzgebung für die Einführung der Civiljury eben nicht günstig. Die bisher veröffentlichten Entwürfe einer Civilprozeßordnung enthalten die Civiljury nicht; mit vollem Recht, denn die öffentliche Meinung ist hierüber offenbar noch nicht zu einer solchen Reife gekommen, daß der Gesetzgeber sie berücksichtigen müßte. Der Entwurf einer Prozeßordnung würde von Grund aus umgearbeitet werden müssen, wenn die Civiljury eingeführt werden soll. Ueberdies würde die Reform und Codification des Prozeßrechts bis zu derjenigen des Civilrechts ausgesetzt werden müssen, da der gegenwärtige Zustand des letzteren m. E. die Einführung der Civiljury nicht zuläßt. Nun haben aber die Arbeiten zur Abfassung eines bürgerlichen Gesetzbuches kaum begonnen. Nicht ohne Grund wird man freilich sagen: Civilrecht und Civilprozeß stehen in enger Verbindung mit einander; beide müssen einander angepaßt sein; es ist darum gerathen, die Reform und Codification beider zu verbinden. Wir würden auf diesem Wege dem großen Uebelstande entgehen, ein eben erlassenes Gesetz alsbald wieder revidiren zu müssen, und so das in Deutschland ohnehin nur geringe Vertrauen in die Stabilität des Rechts abermals zu erschüttern. Allein weil manche nöthigen Reformen bei uns zu lange hinausgeschoben sind, drängt die öffentliche Meinung um so ungeduldiger nach neuen Gesetzen, welche den bestehenden Zustand bessern, und nimmt auch mit solchen Leistungen vorlieb, welche nur Stückwerk enthalten und eine rechte Befriedigung schwerlich zu gewähren vermögen.

Die Einführung der Jury in den deutschen Civilprozeß würde somit manche Vortheile, aber auch manche Nachtheile herbeiführen. Ich bin bemüht gewesen, die wichtigeren derselben zusammenzustellen. Das Urtheil, ob die Vortheile oder die Nachtheile überwiegen, wird vermuthlich verschieden ausfallen, und mag dabei der Standpunkt des Urtheilers zu den politischen und socialen Fragen der Gegenwart mit in Betracht kommen. Mir scheinen die Vortheile erheblich zu überwiegen, und kann ich daher nur anheim geben:

> Der Juristentag wolle beschließen, daß bei Reform und Codification des Prozeß- und Civilrechts auf Einführung der Jury Bedacht zu nehmen ist.

Digitized by Google

IV.

Ist die alsbaldige Einführung der Jury bei einzelnen Arten von Civilfällen zu empfehlen?

Die Gutachten der Herren Dr. v. Bar und Dr. Brunner stimmen darin überein, daß sie die alsbaldige Einführung der Civiljury in Handelssachen und bei Schädenprozessen befürworten.

Für den Freund der Civiljury hat der Gedanke etwas Bestechendes, mit Einführung derselben bei einzelnen Arten von Civilfällen zu beginnen. Wenn die Civiljury in einem kleineren Geltungsgebiete sich bewährt und allgemeine Anerkennung findet, so wird die weitere Verbreitung derselben verhältnißmäßig leicht sein. Manche Verbesserungen des Obligationenrecht haben auf dem Gebiete des Handelsrechts begonnen; dieselbe Entwickelung mag man bei dem gerichtlichen Verfahren erwarten; das Verfahren in Handelssachen mag demnächst das allgemein giltige werden. Unser intelligenter Handelsstand bietet eine reiche Auswahl tüchtiger Geschworner. Schädenprozesse liegen bei uns anerkannter Weise im Argen; manche Mängel in Behandlung derselben würden durch Einführung der Jury beseitigt werden.

Dennoch glaube ich mich gegen eine solche partielle Einführung der Civiljury aussprechen zu müssen.

Es handelt sich hier, wie bei Einführung der Civiljury überhaupt, m. E. vornehmlich um drei Fragen. Ist das Personal, welches wir für Verwaltung der Civiljustiz haben, ist der Civilprozeß und ist das bürgerliche Recht für Jury-Verfahren geeignet?

1) Wer nacheinander bei Schwurgerichtsverhandlungen im Gebiete des englischen Rechts und in Deutschland anwesend gewesen und denselben mit Aufmerksamkeit gefolgt ist, dem kann es nicht entgangen sein, daß dort Jedermann, Richter, Anwälte und Geschworne, sich mit großer Leichtigkeit und Sicherheit im Jury-Verfahren bewegt, während in Deutschland eine gewisse Schwerfälligkeit und Weitläufigkeit unverkennbar ist. Der Grund liegt weniger darin, daß das Jury-Verfahren bei uns verhältnißmäßig jung ist; er liegt hauptsächlich darin, daß dasselbe bei uns eine zu geringe Ausdehnung hat. Anwälte und Richter in den Gebieten des englischen Rechts haben bei ihrer Ausbildung stets das Jury-Verfahren vor Augen; ihre Anschauungs- und Denkweise ist für dasselbe berechnet und demselben angepaßt. Folgeweise haben auch englische und amerikanische Richter und Anwälte diejenigen Eigenschaften, welche für ein tüchtiges schwurgerichtliches Verfahren nothwendig sind, — rasche Unterscheidung der erheblichen und unerheblichen Thatsachen, scharfe und sichere Auffassung und Zerlegung juristischer Thatsachen, große Bereitschaft und eine Beredsamkeit, welche für Geschworne

Digitized by Google

geeignet ist. Diese Eigenschaften können nur auf eine Weise erworben werden, durch viel Fleiß und durch lange Uebung. Die Richter, welche ein oder zwei Wochen jährlich im Schwurgerichte präsidiren, sonst aber Rechtsfälle ohne Mitwirkung von Geschwornen anhören und entscheiden; die Anwälte, welche nur gelegentlich vor Geschwornen, in der Regel aber vor gelehrten Richtern plaidiren, werden mit wenigen Ausnahmen nicht die für ein tüchtiges Jury-Verfahren nöthigen Eigenschaften erwerben; sie werden auf dasselbe übertragen alle Eigenschaften und Gewohnheiten, welche sie sich angeeignet haben in dem Verfahren, welches sie regelmäßig handhaben. „You are adressing the court and not the jury", bemerkt der Richter in den Gebieten des englischen Rechts häufig genug dem Anwalte, welcher ihn anredet in einer Weise, wie es sich geziemen mag bei Geschwornen, nicht aber bei dem Plaidoyer vor einem rechtsgelehrten Richter. Ebenso ist es bei den Geschwornen. Je weiter der Geschwornendienst ausgedehnt wird, je mehr Männer als Geschworne fungiren, je häufiger derselbe Mann als Geschworner herangezogen wird, um so besser und sachgemäßer werden die Wahrsprüche. Ich meine daher, daß, um guten Erfolg von der Civiljury zu erwarten, dieselbe in einer größeren Ausdehnung, also nicht bei wenigen Arten von Civilfällen, eingeführt werden muß. Die Mißerfolge, welche bei der Strafjury hier und da in Deutschland hervorgetreten sind, müssen, davon abgesehen, daß der Strafprozeß in mancher Beziehung unzweckmäßig gestaltet ist, hauptsächlich dem Umstande beigemessen werden, daß das Jury-Verfahren nicht weit genug verbreitet ist.

2) Unser gegenwärtiger Civilprozeß ist, wie vorhin ausgeführt wurde, für Jury-Verfahren ungeeignet. Nun würde es sich aber kaum der Mühe verlohnen, nur für einige wenige Arten von Civilfällen den Prozeß so umzugestalten, daß er ein Jury-Verfahren zuläßt. Die Einheitlichkeit des Prozeßrechts würde verloren gehen, wenn für einzelne Fälle ein von dem ordentlichen gewöhnlichen Verfahren abweichendes eingeführt würde. In deutschen Strafprozeßordnungen finden sich allerdings in der Regel neben einander Bestimmungen für das Verfahren vor den Schöffengerichten, den Strafkammern und den Schwurgerichten. Allein es ist schwerlich rathsam, die bunte Musterkarte verschiedener Bestimmungen für verschiedenartige Verfahrungsweisen, welche unser gegenwärtiger Strafprozeß enthält, auf den Civilprozeß zu übertragen. Wir würden aber hierzu gezwungen sein, wenn wir Jury-Verfahren für einige wenige Arten von Civilfällen einführen, dagegen im Uebrigen den Prozeß auf seinen bisherigen Grundlagen reformiren wollten. Das Resultat eines solchen Verfahrens für den Prozeß würde daher nach aller Wahrscheinlichkeit darin bestehen, daß der gewöhnliche Prozeß, ohne Jury, durch die Rücksicht auf das Jury-Verfahren, und der

Digitized by Google

außergewöhnliche Prozeß, mit Jury, durch die Rücksicht auf den gewöhnlichen Prozeß beeinträchtigt würde.

3) Endlich und vornehmlich steht meines Erachtens der alsbaldigen Einführung der Jury bei Handelssachen und Schädenprozessen der Zustand des bürgerlichen Rechts im Wege. Ich will nicht untersuchen, ob das deutsche Handelsgesetzbuch für Handhabung durch Jury geeignet ist — eine solche Untersuchung würde beträchtlichen Raum in Anspruch nehmen: denn in Handelssachen kommen, außer den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches, viele Regeln des bürgerlichen Rechts zur Anwendung; man braucht nur irgend einen Band der Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts nachzuschlagen, um sich hiervon zu überzeugen. Bei Schädenprozessen handelt es sich nicht allein um die Ausmittelung des Schadensbetrages, sondern auch um die Verbindlichkeit zum Schadensersatz, und diese regelt sich nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Nun ist aber, wie unter II. auszuführen versucht wurde, der gegenwärtige Zustand des bürgerlichen Rechts so beschaffen, daß er die Einführung der Civiljury nicht verstattet.

Diese Gründe scheinen mir durchschlagend gegen die alsbaldige Einführung der Jury bei Handelssachen und Schädenprozessen. Ich unterlasse daher die Ausführung besonderer Gründe, welche gegen die vorzugsweise Anwendung der Jury bei beiden Arten von Civilfällen vorgebracht werden könnten. Der Handelsstand legt mit Recht großen Werth auf die rasche Entscheidung seiner Streitigkeiten; nun ist aber das Jury-Verfahren, wegen der Kontrolen, mit denen es umgeben sein muß, kein besonders rasches. Unsere Gerichte verfahren unzweifelhaft bei Ausmittelung des Schadensbetrages sehr engherzig und müssen so verfahren nach den gegenwärtig bestehenden Regeln; wird indessen die Ausmittelung des Schadensbetrages dem freien Ermessen der Jury überlassen, so ist Gefahr, daß wir von einem Extrem in das andere fallen, daß wir gleichsam den Teufel durch Beelzebub austreiben; Prozeßordnungen in den Gebieten des englischen Rechts haben es für nöthig gefunden, besondere Vorsorge für den Fall zu treffen, daß der von der Jury ermittelte Schadensbetrag zu hoch bemessen ist.

Die Ausführungen in diesem Abschnitte sollen selbstverständlich nicht die Alternative stellen: entweder die Jury in allen Civilfällen oder gar keine Jury. Sie bedeuten nur, daß die Civiljury in einer größeren Ausdehnung bestehen muß, damit von ihr eine wirkliche Reform der Rechtspflege erwartet werden kann. Eine genauere Umgrenzung des Gebietes für Civiljury möchte zur Zeit kaum thunlich sein.

Digitized by Google

Zum Schluß noch einige Bemerkungen über Schöffengerichte. Dieselben gewähren einige Vortheile der Schwurgerichte, indessen in geringerem Maße. Durch die Schöffen kommt ein volksthümliches Element in die Gerichte, und würden günstige Rückwirkungen für das Volk nicht ausbleiben. Die Gerichtsverfassung dürfte durch den Hinzutritt der Schöffen einige Verstärkung erhalten. Ein gutes Verfahren mit Schöffen mag zu einer ähnlichen Concentration führen, welche beim Schwurgericht unvermeidlich ist. Die Mängel im Rechtszustand mögen durch die Schöffen allgemein bekannt und dadurch deren Besserung angeregt werden. Das nationale Rechtsgefühl würde mit den Schöffen seinen Eintritt in die Gerichte finden und die alleinige Herrschaft der Gelehrsamkeit mildern. Aber die Schöffengerichte gewähren nicht die großen Vortheile der Schwurgerichte, und haben besondere, ihnen eigenthümliche Nachtheile. Der Grundgedanke des Jury-Verfahrens ist: Die Geschwornen kontroliren den Richter, durch ihre Anwesenheit und Mitwirkung bei der Hauptverhandlung, insbesondere dadurch, daß der Richter keine streitige Thatsache feststellen kann, ohne daß der Beweis derselben den Geschwornen erbracht ist. Aber der Richter kontrolirt hinwiederum die Jury; er kann den Wahrspruch derselben bei Seite setzen, wenn er findet, daß er ohne Beweis ist oder gegen den vorgebrachten Beweis; er kann eine neue Hauptverhandlung bewilligen, wenn ihm dazu ausreichender Grund gezeigt wird. Die Instruktion der Jury durch den Richter geschieht in öffentlicher Gerichtssitzung, unter Kontrole der Anwälte, der Presse, des Publikums. Der Wahrspruch wird verkündet in öffentlicher Sitzung und dabei (in den Gebieten des englischen Rechts) gesagt, welche Geschworne denselben gefunden haben. Wegen irriger Rechtsbelehrung des Richters ist Berufung an das höherstehende Gericht statthaft. Bei dem Schwurgericht ist daher Oeffentlichkeit und Verantwortlichkeit in allen Richtungen, und beides ist nirgends nöthiger als bei der Rechtspflege, wo es sich um Leben, Freiheit, Ehre und Eigenthum handelt. Bei dem Schöffengerichte wird dagegen die Verantwortlichkeit vertheilt auf Richter und Schöffen, unter welchen eine in geheimer Sitzung ermittelte Mehrheit entscheidet, welche nicht bekannt gemacht wird; und wenn hierdurch auch die Verantwortlichkeit nicht völlig aufgehoben wird, so wird sie doch erheblich abgeschwächt. Bei dem Schöffengericht geschieht die Instruktion des Richters, sowohl über Rechts- als Thatfrage, in geheimer Sitzung; sie entzieht sich dadurch der Feststellung und Anfechtbarkeit, und es mögen Argumente vorkommen, welche das Licht der Oeffentlichkeit nicht ertragen können. Geschieht eine thatsächliche Feststellung unter Mitwirkung von Laien, so ist es bedenklich, eine abermalige Untersuchung der festgestellten Thatsachen in anderen Formen zuzulassen, als in denen des englischen Rechts; diese Formen passen

Digitized by Google

für das Jury-Verfahren, sind aber auf das Verfahren mit Schöffen nicht übertragbar. Zudem bestehen besondere Gründe gegen Schöffengerichte. Bei jedem Rechtsstreite handelt es sich um zweierlei, um das Gesetz, welches bestimmt sein kann und muß, welches heute und morgen dasselbe ist, und um die Thatsachen, das dem vorliegenden Falle Eigenthümliche, welches ihn individualisirt, ihn abscheidet und trennt von andern Fällen. Um die Bestimmtheit des Rechts aufrecht zu halten, hat man in allen civilisirten Ländern denselben Weg eingeschlagen; man hat es überwiesen einem bestimmten Berufsstande, ständigen Richtern. De jure respondent judices. Bei den Thatsachen, die Bedeutung haben nur für den einzelnen Fall, mag man einen andern Weg einschlagen; man mag ihre Feststellung Richtern dieses Falles, Geschwornen, überlassen. De facto respondent juratores. Die Schöffengerichte verlassen diesen alten bewährten Weg. Rechtsfrage und Thatfrage werden ungetheilt überwiesen ständigen und unständigen Richtern, unter denen Majorität entscheidet. Die Garantie für Stetigkeit in Entscheidung der Rechtsfragen ist hiermit zu Ende. Besteht ein Gericht aus drei ständigen Richtern und aus vier Schöffen, welche letztere von Fall zu Fall, von Woche zu Woche, von Monat zu Monat wechseln, so ist keine Gewähr, daß dieselbe Rechtsfrage gleichmäßig in den verschiedenen Fällen entschieden wird. Ein Klagrecht, welches heute anerkannt wird, mag morgen versagt werden; eine Einrede, welche heute zugelassen wird, mag morgen zurückgewiesen werden. Für Gleichförmigkeit bei Entscheidung von Rechtsfragen giebt es schließlich nur eine Garantie, ständige Richter, und diese Garantie beseitigt das Schöffengericht. Wenn dessen ungeachtet Schöffengerichte unter Umständen sich bewährt haben, wie z. B. das Hamburger Handelsgericht, so hat das seinen Grund in andern Umständen: in der Tüchtigkeit der rechtsgelehrten Vorsitzenden, welche ihre Rechtsansicht den verschiedenen Beisitzern gegenüber durchzusetzen wußten, und in der Ständigkeit des Berufsgerichts. Aber im Prinzip wird man eine Gerichtsorganisation, welche Rechts- und Thatfragen ungetheilt ständigen und unständigen Richtern überweist, nicht billigen können. Ueberdies stehen alle Gründe, welche aus unserm gegenwärtigen Rechtszustande gegen Schwurgerichte entnommen sind, in gleichem Maße Schöffengerichten entgegen. Dies sind meines Erachtens die wesentlichsten Unterschiede zwischen dem Jury- und dem Schöffen-Verfahren, und, wie ich vorhin schon bemerkte, alle Vortheile sind auf Seiten der Jury und besondere Nachtheile auf Seiten der Schöffen. Ich meine daher, der weiteren Verbreitung von Schöffen da nicht das Wort reden zu dürfen, wo es sich um Jury oder Schöffen handelt.

Digitized by Google

Die Resultate dieses Gutachtens sind demnach folgende:

ad. II. daß unser Rechtszustand, wie derselbe gegenwärtig ist, die Vorbedingungen für Einführung der Civiljury nicht enthält;

ad. III. daß es sich empfiehlt, bei Reform und Codification des Prozeß- und Civilrechts auf Einführung der Jury Bedacht zu nehmen;

ad. IV. daß die alsbaldige Einführung der Jury bei einzelnen Arten von Civilfällen nicht gerathen ist.

Hannover, im März 1874.

Digitized by Google

VII.

Gutachten des Herrn Oberappellationsgerichtsraths Dr. v. Salpius*) zu Celle

über die Gesetzgebungsfrage:

Soll eine Reform des Zwangsversteigerungsverfahrens dahin erstrebt werden, daß der Zuschlag nicht ertheilt werden darf, wenn das Gebot den Antrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht übersteigt?

Schon der zehnte und elfte Juristentag hat sich mit der Frage beschäftigt: Ist es angemessen, daß durch die Subhastation sämmtliche auf dem subhastirten Grundstücke ruhenden Hypotheken fällig werden? Es sind darüber Gutachten von Herrn Obertribunalsrath Struckmann zu Berlin und Herrn Hof- und Gerichtsadvokaten Dr. Johanny zu Wien erstattet worden (Verhandlungen des zehnten Juristentages I. S. 63 folg. 136 folg.), welche sich übereinstimmend für die Verneinung der Frage aussprachen. Gleichwohl ist die vierte Abtheilung des Juristentages schließlich zu einer Bejahung derselben gelangt, wenn auch nicht vollständig in der ursprünglichen Fassung. Auf Antrag des Referenten, Herrn Präsidenten Drechsler, wurde in der Sitzung vom 29. August 1873 beschlossen (Verhandlungen des elften Juristentages II. S. 297):

*) Gleichzeitig mit dem Abdruck dieses Gutachtens geht die Nachricht von dem frühzeitigen Tode des Verfassers ein, welcher seit seinen Studienjahren (1842), später als eine Zierde des preußischen Richterstandes durch Eigenschaften des Geistes und Gemüths allen Freunden theuer und unvergeßlich geworden ist. — Gneist.

Digitized by Google

Es ist nicht angemessen, daß durch den Verkauf eines Grundstücks im Subhastationsverfahren auch die Hypotheken erlöschen, welche aus dem Kaufpreise völlig gedeckt werden.

Im Laufe der Debatten über diesen Gegenstand wurde mehrfach auch die fernere Frage angeregt, wie es denn mit denjenigen Hypotheken werden solle, welche durch den Kaufpreis nicht gedeckt werden. Schon im Jahre 1872 in Frankfurt a. M. verfocht Herr Oberappellationsrath Bähr aus Berlin, und ebenso im vorigen Jahre in Hannover Herr Advokat Dr. Heinsen aus Hamburg und ich selbst die weitergehende Thesis, daß der Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung überhaupt unstatthaft sei, wenn das Gebot nicht die dem betreibenden Gläubiger vorhergehenden Hypotheken übersteigt. Man einigte sich damals dahin, diesen Punkt, als zur Diskussion nicht genügend vorbereitet, auszusetzen. Auf meinen Antrag ist er jetzt in der oben vorausgeschickten Fassung auf die Tagesordnung des zwölften deutschen Juristentages gestellt worden, und ich ergreife gern die mir durch die ehrenvolle Aufforderung der ständigen Deputation gebotene Gelegenheit, um meine früher nur angedeutete Ansicht in dem nachfolgenden Gutachten näher zu entwickeln und in Kürze zu begründen.

Meine Aufgabe ist dadurch wesentlich erleichtert, daß inzwischen Bähr beide in Rede stehende Fragen in einer besonderen Abhandlung besprochen hat (Jahrbücher für Dogmatik XIII. S. 182 folg.). Ich werde seinen Ausführungen nirgends entgegenzutreten, und ihnen nur wenig hinzuzusetzen haben.

Auch darin bin ich mit ihm einverstanden, daß jede der beiden Fragen, um welche es sich handelt, eine selbständige Bedeutung hat. Der Zusammenhang, in welchem sie mit einander stehen, ist nicht so zwingender Art, daß nicht die eine ohne die andere behandelt, vielleicht selbst die eine in diesem, die andere in jenem Sinne beantwortet werden könnte. Ich werde es daher vermeiden, auf die seitens des Juristentages, wenigstens formell, bereits erledigten Streitpunkte wieder zurückzukommen, und mich im Folgenden möglichst streng an den unmittelbar vorliegenden Gegenstand halten.

§ 1.

Bekanntlich ist es jetzt in den meisten deutschen Territorien Rechtens, daß die Subhastation eines Grundstücks auch dann durchgeführt wird, wenn der betreibende Gläubiger nicht zur Hebung kommt. Sind beispielsweise 10,000 zur ersten Hypothek eingetragen, und es sucht ein nachstehender Gläubiger wegen 1000 Befriedigung, so wird das Grundstück verkauft und zugeschlagen, auch wenn nur 8000 dafür geboten sind. In diesem Falle kann natürlich der Extrahent auf seine 1000 nichts erhalten. Gleichwohl

Digitized by Google

wird um seinetwillen nicht nur der Schuldner außer Besitz gesetzt, sondern auch dem ersten Hypothekgläubiger ein Verlust von 2000 zugefügt.

Gegen diesen Rechtszustand richtet sich unser Reformvorschlag. Wir wollen dem nachstehenden Gläubiger zwar an sich die Befugniß lassen, selbständig den Verkauf des Grundstücks zu erwirken, ihn dabei aber auf einen Versuch beschränken, den er auf seine Gefahr unternehmen mag. Kann ein Kaufpreis erzielt werden, der auch zu seiner, wenigstens theilweisen, Befriedigung ausreicht, nun wohl, dann soll ihm Rechtshilfe gewährt werden. Ergiebt sich aber nach Deckung der Vorhypotheken kein Ueberschuß für ihn, so soll der Richter das Verfahren einstellen und der Extrahent die Kosten bezahlen.

Vorweg habe ich einige Bemerkungen zu machen über die Tragweite dieser Neuerung und über die Voraussetzungen, welche zu ihrer Durchführung erforderlich sind.

Der Hauptfall, um welchen es sich handelt, ist der Verkauf des Grundstücks auf Antrag eines nachstehenden Pfandgläubigers. Die rechtliche Bedeutung der Nachhypothek wird uns daher im Folgenden auch vorzugsweise beschäftigen. Das Prinzip soll aber selbstverständlich auch für einen blos persönlichen Gläubiger gelten, der sich im Wege der Zwangsvollstreckung an das Grundstück hält. Für ihn hat unser Satz die Bedeutung, daß er den Zuschlag nicht erwirken kann, wenn durch das Meistgebot nicht alle Hypotheken gedeckt werden. Dieselbe Stellung kommt endlich aber auch dem Konkurskurator zu, wenn er das Grundstück zur Konkursmasse ziehen will. Die Reform würde illusorisch bleiben, wenn man sie auf den Zwangsverkauf außerhalb des Konkurses beschränken wollte. Sonst brauchte der Gläubiger, welcher den Verkauf um jeden Preis erzwingen will, nur Konkurseröffnung zu beantragen, was ihm bei materieller Insolvenz des Schuldners leicht gelingen würde, um sein Ziel dennoch zu erreichen. Der Reformgedanke steht also auf dem Standpunkte, den ja auch unsere neueren Konkursordnungen bereits einnehmen, daß die Hypothekarien als solche von der Einlassung in den Konkurs befreit, und durch den Kurator nur die persönlichen Gläubiger vertreten sind.

Um beurtheilen zu können, ob der Kaufpreis der Bedingung entspricht, von welcher wir die Ertheilung des Zuschlages abhängig machen wollen, muß natürlich der Betrag der Vorhypotheken ersichtlich sein. Wir setzen also ferner ein auf vollständig durchgeführter Publizität beruhendes Hypothekenwesen voraus. Der Subhastationsrichter muß ein Hypothekenfolium vor sich haben, welches ihm über den Schuldenzustand des Grundstücks erschöpfende und zuverlässige Auskunft giebt. Das ist ja ebenfalls das Ziel, welches die neuere Gesetzgebung in ganz Deutschland erstrebt und zum großen

Digitized by Google

Theile bereits erreicht hat. Auf dieser Grundlage allein können wir fortbauen.

Ein die Vorhypotheken übersteigender Kaufpreis kann im Uebrigen auf verschiedene Weise ermittelt werden. Die Deckung kann sowohl durch Baarzahlung, wie durch Schuldenübernahme erfolgen. Ob der Käufer zu der einen, oder zu der anderen angehalten werden, ob der Gläubiger die eine, wie die andere sich gefallen zu lassen schuldig sein soll, diese Fragen mögen nach dem, was ich vorausgeschickt habe, offen bleiben.

Das Princip unseres Vorschlages wird auch dann nicht alterirt, wenn man den Verkauf zu ungenügendem Preise im Falle der Einwilligung des betroffenen Vorhypothekars gestatten will. Es kann in Frage kommen, ob und in welcher Form er darüber gehört, oder ob vielleicht gar ein lebhafter Widerspruch von ihm gefordert werden soll. Auch diese Punkte unterlasse ich zu erörtern und kann ebenso dem Juristentage nur empfehlen, auf das technische Detail einer Neukonstruktion des Subhastationsverfahrens nicht einzugehen, sich vielmehr auf einen Ausspruch über die Prinzipienfrage zu beschränken.

§. 2.

Das unbeschränkte Verkaufsrecht des Vorhypothekars ist bekanntlich dem römischen Recht durchaus fremd. Noch weniger beruht es etwa auf einem eigenthümlichen Grundsatze des deutschen Rechts. Im Gegentheil, wo sich dieses am ungetrübtesten erhalten hat, wie z. B. in den Hansestädten, ist das entgegengesetzte Prinzip noch heutzutage in Geltung. Deshalb ist die Frage wohl berechtigt: woher stammt denn unser heutiges Verfahren? Ich will versuchen, darauf mit einem kurzen historischen Rückblick zu antworten.

Im römischen Recht hatte der schlechtere Pfandgläubiger eine streng sekundäre Stellung. Wenn sein Vormann sich durch Verkauf befriedigte, erhielt er den Ueberschuß. Wollte er das nicht abwarten, so blieb ihm nur das jus offerendi, vermöge dessen er den besseren Gläubiger durch Zahlung abfinden und an seine Stellung treten konnte. Ohne solche vorherige Befriedigung desselben konnte er selbst das Pfand nicht veräußern. Wenigstens konnte ihn Jener jederzeit daran hindern, wenn er mit der actio hypothecaria den Besitz an sich zog. Ebenso blieb sein Käufer den Eviktionsansprüchen des Vorhypothekars ausgesetzt, es sei denn, daß dieser in den Verkauf eingewilligt hätte. Durch Konsens zum Verkauf aber erlosch das bessere Pfandrecht, ja nach c. 6 de remissione pignoris (8, 25) schon dann, wenn die Gläubiger programmate admoniti ihr Recht nicht geltend machten.

Auf die zuletzt erwähnte Kodexstelle gründete die italienische Praxis des

Digitized by Google

Mittelalters dasjenige Verfahren, welches die Grundlage unseres heutigen Subhastationsprozesses bildet. Man setzte an Stelle des Privatverkaufs seitens des Gläubigers den öffentlichen Verkauf durch den Richter, wie bei dem pignus in causa judicati captum der Römer, und erreichte dadurch die Möglichkeit, den Käufer vor Ansprüchen Dritter sicherzustellen. Der Richter verkauft pfandfrei; decret nettoie hypothèques. Diese Wirkung beruhte ursprünglich nicht auf dem Verkauf als solchem, sondern auf der mit demselben verbundenen öffentlichen Ladung, und sie trat auch nur gegen Diejenigen ein, welche sich auf das programma nicht meldeten. Intervenirte ein besserer Pfandgläubiger, so blieb es bei der strengen Regel des römischen Rechts. Es wurde, bevor sein Anspruch beseitigt war, überhaupt nicht verkauft, gerade wie bei der Intervention des wahren Eigenthümers im heutigen Zwangsvollstreckungsverfahren.

Ein solcher Rechtszustand war an sich unvollkommen; er wurde aber unerträglich in Verbindung mit den übrigen Mängeln des gemeinrechtlichen Hypothekenwesens. Das System der Privat- und Generalhypotheken, deren Ordnung zudem durch zahllose Privilegien gestört war, machte in jedem einzelnen Falle eine schwierige, von vielen Beweisen abhängige Untersuchung über den Bestand des Pfandrechts und das ihm zukommende Vorrecht nöthig. Das hatte zur Folge, daß jeder Gläubiger, auch der bestberechtigte, mit einer Reihe weitschichtiger, kostspieliger und im Erfolge höchst zweifelhafter Interventionsprozesse überzogen werden konnte, ehe er zum Verkaufe seines Pfandes gelangte. So wurde die Sicherheit der Rechtshilfe gegenüber dem Schuldner völlig illusorisch gemacht. Diesem Uebelstande zu begegnen, begann man das Widerspruchsrecht der Pfandgläubiger einzuschränken. Man ließ sie nicht mehr zur Hinderung des Verkaufs, sondern nur noch behufs ihrer Befriedigung aus den Kaufgeldern interveniren. Damit kam man wenigstens gegen den Schuldner einen Schritt vorwärts. Alle jene Zweifelsfragen über Liquidität und Priorität der angemeldeten Forderungen wurden nun bis auf die Kaufgeldervertheilung verschoben, welche dadurch eine dem Konkursverfahren ähnliche Gestalt annahm, und schließlich durch förmliches Prioritäts- und Distributionsurtheil erledigt wurde.

Diese uns hier vorzugsweise interessirende Neuerung vollzog sich im Laufe des sechzehnten Jahrhunderts, schrittweise und nicht ohne Kampf. Lange Zeit behaupteten wenigstens die privilegirten Pfandgläubiger, namentlich die Ehefrau wegen der dos, ihr altes, volles Recht. Was endlich auch ihnen gegenüber dem neuen Grundsatz zum Siege verhalf, war die Analogie des allgemeinen Gläubigerkonkurses. Mußten sich doch in diesem die hypothekarischen Gläubiger gefallen lassen, daß ihr Pfand von Amtswegen verfilbert

Digitized by Google

und zur Masse gezogen wurde. Um so weniger schien es bedenklich, auch bei der Zwangsvollstreckung in ein einzelnes Grundstück ebenso zu verfahren.

Der Richter übernahm nun die Aufgabe, bei dem Verkaufe die Interessen der bevorzugten Gläubiger, soweit möglich, zu schützen. Schon in der Konkurrenz der Bieter bei öffentlicher Versteigerung fand man eine Garantie für Erzielung eines angemessenen Preises. Außerdem suchte man durch vorherige Abschätzung eine Grundlage zu gewinnen und versagte den Zuschlag, wenn das Gebot auffallend hinter der Taxe zurückblieb. In dieser Gestalt ist das Verfahren in unsere Prozeß- und Subhastationsordnungen übergegangen. Nur haben die neueren Gesetzgebungen das ziemlich laxe Ermessen, welches in der gemeinrechtlichen Praxis geübt wurde, mehr und mehr eingeengt, und den Richter allmälig ganz auf Prüfung der Förmlichkeiten des Verfahrens beschränkt.

Ich übergehe die dogmatische Untersuchung der Materie nach heutigem gemeinen Recht. Für unseren Zweck genügt es, zu konstatiren, daß in den bedeutenderen Partikularrechten nach der Zulänglichkeit des Meistgebots gar nicht gefragt wird.

Man pergleiche besonders: für die älteren preußischen Provinzen: Subhastationsordnung vom 15. März 1869, §§ 27, 28, 30, 39, für die Gebiete des französischen Rechts: Code de procédure civile, art. 697 folg., für Baiern: Prozeßordnung vom 29. April 1869, Art. 1057 folg., für Hannover: Bürgerliche Prozeßordnung vom 8. November 1850 §§ 562, 563.

§ 3.

Der Fehler dieses Verfahrens liegt darin, daß es über das Ziel hinausgeht. Alleiniger Zweck der Subhastation ist die Befriedigung des betreibenden Gläubigers. Diesen Zweck darf die Offizialthätigkeit des Richters nicht überschreiten. Wir folgen diesem Grundprinzip auch insofern, als wir uns an den Antrag des Extrahenten binden. Hat er sein Geld auf andere Weise erhalten, oder will er es nicht mehr haben, so erinnern wir uns, daß der ganze Apparat nur um seinetwillen in Bewegung gesetzt ist, und bringen ihn sogleich in Stillstand. Dagegen vergessen wir das ganz in dem anderen Falle, wenn sich herausstellt, daß unser Zweck gar nicht erreicht werden kann. Wir kennen den Betrag der besseren Hypotheken, die aus dem Kaufgelde vorweg gedeckt werden müssen, ganz genau. Wir sehen deutlich, daß für den Extrahenten nichts übrig bleibt; für ihn ist alle unsere Hilfe vergeblich. Wie in aller Welt ist es zu rechtfertigen, daß wir nun dennoch verkaufen? Wem wollen wir damit dienen, wenn der Schuldner und die Vorhypothekarien den größten Schaden davon haben und sich mit allen Kräften dagegen sträuben?

Digitized by Google

Unser Subhastationsprozeß fungirt mit der Leichtigkeit und Präzision einer wohl konstruirten Maschine. Aber der leitende Gedanke, der das Instrument beherrschen sollte, ist uns ganz abhanden gekommen. Der Richter gleicht einem Operateur, der sich der Sicherheit seiner Hand und der Schärfe seines Messers rühmt, darüber aber völlig außer Acht läßt, ob er in die Wunde oder in gesundes Fleisch schneidet.

Denselben Grundgedanken hat Bähr (a. a. O. S. 205) in etwas anderer Fassung so ausgedrückt: ein Recht kann nur bestehen, so weit ihm ein entsprechendes Interesse innewohnt. Wenn der Extrahent aus dem Meistgebot keine Befriedigung zu erwarten hat, so hat er auch kein Recht auf den Verkauf, weil er kein Interesse daran hat.

Wäre das Letztere absolut richtig, so würde unser Verfahren in der That auf die Sinnlosigkeit hinauslaufen, dem Gläubiger zur bloßen Befriedigung seiner Rachsucht oder Schadenfreude behilflich zu sein. Nach dem herrschenden System hat aber der Extrahent der Subhastation, auch wenn er mit seiner Forderung nicht zur Hebung kommt, dennoch ein gewisses Interesse an dem Verkauf. Und das ist gerade das Schlimmste an der Sache, denn es wird sich zeigen, daß dieses Interesse keinen rechtlichen Schutz verdient. Dadurch wird das blos zwecklose Verfahren zu einem verkehrten und verderblichen. Der Gläubiger wird nun genöthigt, seinen Vormännern Schaden zuzufügen, wenn er seinen eigenen Vortheil wahr nehmen will.

Es kommt in dieser Beziehung zweierlei in Betracht. Erstens werden durch den Verkauf wenigstens die Kosten der Subhastation gedeckt. Zweitens aber kann der Extrahent das Grundstück möglicherweise selbst kaufen. Beide Punkte bedürfen einer eingehenden Besprechung.

§ 4.

Die Kosten der Subhastation sind an sich weiter nichts, als ein Aufwand, welchen der betreibende Gläubiger macht, um zu seinem Gelde zu kommen. Ob er die Mittel dazu direkt aus der eigenen Tasche nimmt, oder ob etwa nach besonderer Einrichtung die Kosten vorerst aus der fiskalischen Kasse bestritten werden, ändert an der Sache nichts. Auch im letzteren Falle muß er sie schließlich tragen, wenn kein anderer Verpflichteter da ist, der sie bezahlen kann. Erstattung dieses Kostenaufwandes hat der Gläubiger seinerseits bei seinem Schuldner zu suchen. Gegen diesen steht ihm deshalb ein persönlicher Anspruch zu, welcher ebenso wie die Prozeßkosten ein Accessorium zu seiner Hauptforderung bildet. Nun fragt sich weiter: welche Pfandsicherheit und welches Vorrecht genießt dieser Anspruch im Verhältniß zu anderen Gläubigern? Wenn wir diese Frage so günstig wie möglich für den

Digitized by Google

Berechtigten beantworten, so können wir ihm das gleiche Pfandrecht und den gleichen Rang, welcher seiner Hauptforderung zukommt, auch für den Nebenanspruch zugestehen. Aber wie verfahren wir nun nach unseren modernen Prozeßordnungen? Wir bürden die Kosten theils dem Adjudikator auf, theils nehmen wir sie aus der Kaufgeldermasse. Beides kommt im Wesentlichen auf dasselbe hinaus, denn wir müssen vernünftiger Weise annehmen, daß der Käufer, wenn er zu den Kosten nichts beitragen sollte, um soviel mehr geboten haben würde. Die Subhastationskosten entgehen also auf diese Weise dem letzten Partizipienten. Das liefert nun ein ganz richtiges Resultat, wenn der letzte Partizipient gleiches oder geringeres Recht hat, als der Extrahent. Ist er aber besser berechtigt — und das ist gerade der Fall, der bei unzulänglichem Gebot immer eintritt, — so handeln wir der richtigen Priorität direkt entgegen. Wir befriedigen den Nachmann, und lassen den Vorhypothekar dafür büßen. Wir statuiren damit den Nachsatz: Der Extrahent hat wegen der Subhastationskosten ein absolutes Privilegium vor allen Hypotheken. Genau so wird er denn auch von den älteren gemeinrechtlichen Praktikern ausgedrückt. Daß man im sechzehnten und siebzehnten Jahrhundert daran keinen Anstoß nahm, ist bei dem unentwirrbaren Privilegienwust des damaligen Hypothekenwesens wohl erklärlich. Heutzutage, denke ich, wird die bloße Zurückführung der Sache auf jene ursprüngliche Formel genügen, um die Verkehrtheit des Prinzipes, welchem wir folgen, Jedem verständlich zu machen.

§ 5.

Noch weit bedenklicher aber ist der zweite Punkt, auf welchen ich jetzt komme. Daß wir den Extrahenten auch das Bieten zulassen, ist eine natürliche Konsequenz der veränderten Technik in unserem Subhastationsverfahren. Bei den Römern, wo der Pfandgläubiger selbst verkaufte, durfte er freilich niemals zugleich Käufer sein. Das Verbot war aber schon damals schwer aufrechtzuhalten, weil es durch eine persona supposita leicht umgangen werden konnte. Um so weniger ist dagegen zu erinnern, daß in der heutigen Versteigerung und bei den durch die richterliche Leitung gebotenen Garantien auch der Gläubiger selbst kaufen darf, so hoch oder so niedrig, wie er zum Meistgebot kommen mag. Damit geschieht Niemandem ein Schaden; denn als Bieter genießt er ja vor Anderen keinen Vorzug.

Das Verhältniß ändert sich aber sofort, wenn der Extrahent zugleich in seiner Eigenschaft als Gläubiger den Zuschlag für sein eigenes Gebot erwirken darf, so zulänglich dasselbe auch sein mag. Das ist ein Mißbrauch seines Verkaufsrechts; denn dieses sollte nur zur Sicherstellung seiner Forderung dienen. Jetzt aber benutzt er es, um sich für den unabwendbaren Ver-

Digitized by Google

luſt, den er an dieſer erleidet, durch ein neues, vielleicht größeren Gewinn verſprechendes, Geſchäft ſchadlos zu halten.

Die Römer ſagten, das Verkaufsrecht des Pfandgläubigers müſſe bona fide, d. h. mit möglichſter Schonung der Intereſſen des Schuldners, geübt werden. Dieſen ethiſchen Grundgedanken des Inſtituts haben wir preisgegeben. Wir haben dem Gläubiger den Verkauf aus der Hand genommen und bilden uns ein, durch ein Menge künſtlicher Vorſichtsmaßregeln für den Schutz aller Betheiligten beſtens geſorgt zu haben. Im entſcheidenden Momente aber vergeſſen wir ganz, worum es ſich dabei handelt, und geſtatten dem Extrahenten, aus der Noth ſeines Gegners für ſich Vortheil zu ziehen. Jener bona fides völlig zuwider ſetzen wir ihn in geraden Widerſpruch mit dem Intereſſe des Schuldners und der Vorhypothekarien. Je größeren Verluſt dieſe erleiden, deſto beſſer für ihn.

§ 6.

Wenn man dieſe grellen Mißſtände in's Auge faßt, ſollte man kaum glauben, daß das herrſchende Syſtem noch ernſtliche Vertheidiger finden könnte. Gleichwohl iſt das bisher anſcheinend in ausgedehntem Maße der Fall. Eine Enquête, welche die preußiſche Regierung im Jahre 1871 gelegentlich der Vorlagen über das Grundbuchweſen anſtellte, ergab das charakteriſtiſche Reſultat, daß — im Gegenſatz zu der Majorität der landwirthſchaftlichen Vereine — die überwiegende Mehrzahl der Gerichtsbehörden ſich gegen eine Reform des beſtehenden Subhaſtationsverfahrens ausſprach (vergl. die in den Verhandlungen des Herrenhauſes von 1871/72 II. S. 89 folg. mitgetheilte Denkſchrift). Allerdings war damals nur jene andere Frage geſtellt, auf welche ſich auch der Juriſtentag bisher beſchränkt hat, ob die Vorhypotheken durch die Subhaſtation fällig werden ſollen, oder nicht. Daß darüber die Meinungen ſehr getheilt waren, hat vielleicht gerade darin ſeinen Hauptgrund, daß man im Uebrigen den beſtehenden Rechtszuſtand als unantaſtbar vorausſetzte. So lange man als unvermeidliches Uebel es hinnimmt, daß die beſſeren Gläubiger durch einen Nachmann ihr Geld verlieren können, mag es freilich kaum der Mühe werth ſcheinen, ſie vor der Unbequemlichkeit zu ſchützen, daß ſie ihr Geld nehmen müſſen, wenn ſie es nicht haben wollen. Daraus erklärt ſich, daß von den Gründen der Gegner die meiſten unſere Frage gar nicht treffen, ſondern ſogleich ihren Werth verlieren, wenn die Baſis, von welcher ſie ausgehen, mit angegriffen wird. Indeſſen kommen dabei immerhin auch einige allgemeinere Geſichtspunkte in Betracht, welche jetzt noch kurz beleuchtet werden ſollen.

Dahin gehört zunächſt die Analogie des Konkurſes. Der Grundbeſitzer, welcher ſeine Hypothekenſchulden nicht bezahlen kann, — ſo argumentirt man

Digitized by Google

—, ist insolvent, gerade wie der Kaufmann, welcher seinen Buchgläubigern nicht gerecht werden kann. Deshalb muß der Richter sich der Sache annehmen, für Versilberung der Masse von Amtswegen sorgen und den Erlös prioritätsmäßig vertheilen; sonst kann die Sache nicht zu Ende kommen. Diese vermeintliche Analogie ist aber durchaus unzutreffend. Das Einschreiten des Konkursrichtes in Bezug auf die Aktivmasse gründet sich auf die Gemeinschaftlichkeit in den Interessen der Gläubiger, und diese ist nur da vorhanden, wo sie einander gleichstehen, und Jeder um des Anderen willen eine Einbuße leiden muß, wenn die Befriedigungsmittel nicht für Alle ausreichen. Zwischen den Hypothekarien, die einander regelmäßig mit besserem und schlechterem Rechte gegenüberstehen, giebt es gar keine gemeinsame Interessen. Hier muß die Priorität voll und ganz entscheiden, nicht erst bei Vertheilung der Masse, sondern in jedem Stadium der Zwangsvollstreckung. Deshalb ist es gerade umgekehrt geboten, auch im Falle des wirklichen Konkurses die Immobiliarmasse auszusondern und nach ihren eigenen Gesetzen zu behandeln.

Man scheut sich, die Immobiliarexekution, wie es ja freilich mit der Mobiliarexekution nur zu häufig geht, fruchtlos verlaufen zu lassen. Wenn einmal alle Vorbereitungen für den Verkauf getroffen sind, so möchte man dem armen Extrahenten mildrichterlich zu Hilfe kommen, damit er nicht Mühe und Kosten vergeblich aufgewendet hat. Solchen weichherzigen Anwandlungen kann nicht entschieden genug entgegengetreten werden. Das otium et oleum perdidi trifft den Gläubiger hier nicht härter, als bei jedem anderen unvorsichtig gegebenen Kredit. Die Subhastation ist fruchtlos in dem Augenblick, wo ein zur Befriedigung des Extrahenten ungenügendes Meistgebot erzielt wird. Diesem Uebel kann der Richter auf keine Weise mehr abhelfen. Und wenn er nun obendrein noch dem Schuldner und den besseren Gläubigern bitteres Herzeleid anthut, so ist das gar keine Rechtshilfe mehr, sondern einfach eine schreiende Ungerechtigkeit.

§ 7.

Die eben besprochenen Punkte sind nun allerdings auch nur das Beiwerk der gegnerischen Anschauung. Der Kern derselben liegt in dem Gedanken, daß die moderne Rechtsentwickelung zu einer grundsätzlichen Steigerung der Nachhypothek geführt habe, deren Consequenzen nicht ohne Gefährdung des ganzen darauf beruhenden Systems abgeschwächt werden könnten. Die Nachhypothek, sagt man, ist nicht mehr, wie bei den Römern, ein blos eventuelles, von der Befriedigung des Vormannes abhängiges Recht. Sie giebt jetzt eine ebenso prinzipale, selbstständige Befugniß, sich aus dem Pfande bezahlt zu machen. Nicht mehr blos der nach Deckung der Vorhypothek verbleibende

Digitized by Google

Ueberschuß, sondern die Sache in ihrer Totalität wird davon ergriffen. Der zweite Gläubiger steht dem ersten in der Disposition über das Pfand selbst völlig gleich. Erst nach vollzogenem Verkauf, bei Theilung des Erlöses, hat er ihm zu weichen. Das ist im Wesentlichen auch die Auffassung, welche den Gutachten von Struckmann und Johanny zu Grunde liegt (vgl. besonders S. 65, 139 a. a. O.).

Um die Berechtigung dieses Gedankens auf ihr richtiges Maß zurückzuführen, will ich von zwei, an sich höchst einfachen und einleuchtenden Sätzen ausgehen:

1. Der Schuldner kann seinem Gläubiger zu dessen Sicherung alle diejenigen Rechte an seiner Sache einräumen, welche er selbst hat.
2. Dagegen kann er ihm umgekehrt keinerlei Recht zuwenden, das er selbst nicht mehr hat.

Diese beiden Sätze bestimmen ganz scharf die Grenzlinie, bis zu welcher die Rechte eines späteren Pfandgläubigers zulässigerweise ausgedehnt werden können. Je mehr man sich dieser Grenze nähert, desto mehr wird der Nachkredit erleichtert; so wie man sie überschreitet, wird die Sicherheit der Vorhypothek gefährdet. Die Gesetzgebung hat freilich Jahrhunderte lang vielfach gegen diese Grundsätze gesündigt; jedes Pfandprivilegium ist ja mit denselben unvereinbar. Der heutigen allgemeinen Ueberzeugung gegenüber werde ich aber nicht nöthig haben, sie noch besonders theoretisch zu rechtfertigen.

Machen wir nun Anwendung davon auf unseren Fall. Der Schuldner A. besitze ein Grundstück, welches dem B. für 10,000 verpfändet ist, und an welchem er dem C. eine Nachhypothek bestellen will. Hier ist A. zunächst unbehindert, das Grundstück zu verkaufen, wenn der Käufer D. die Hypothek des B. bestehen lassen will. Er kann es dem D. aber auch pfandfrei gewähren, ohne die Forderung des B. *vorher* auszubezahlen, wenn er nämlich von dem Kaufpreise 10,000 dazu verwendet. Es steht also nichts entgegen, daß er beide Möglichkeiten auch dem C. eröffnet. Dieser mag das Pfand verkaufen, ohne den B. zu fragen, wenn durch den Verkauf die Vorhypothek unberührt bleibt, oder wenn sie durch denselben gedeckt wird.

Dagegen kann A. niemals das Grundstück pfandfrei an D. verkaufen, wenn dieser nicht einmal 10,000 dafür bezahlen will, B. also aus dem Kaufgelde nicht befriedigt werden kann. Unmöglich kann man also ein solches Recht für den C. construiren. So wenig der Eigenthümer das Pfandrecht des B. aus der Welt schaffen kann, wenn er aus dem Verkauf keinen Ueberschuß erzielt, so wenig darf es der Nachhypothekar, der von Jenem sein Recht ableitet.

Diese Betrachtung ergiebt folgende Resultate. Auf der einen Seite: es war eine Unvollkommenheit des römischen Rechts, daß das Verkaufsrecht

Digitized by Google

des Nachhypothekars an die Einwilligung oder vorherige Befriedigung des besseren Pfandgläubigers gebunden blieb. Wenn das neuere Recht ihn von dieser Fessel befreit, und ihm eine selbständige, prinzipale Initiative gegeben hat, so ist das ein Fortschritt, den wir nicht zurückthun dürfen. Diese Errungenschaft will ja auch unser Reformvorschlag nicht antasten.

Auf der anderen Seite: es ist eine Verkehrtheit, wenn man meint, die Nachhypothek auch in Bezug auf ihr Objekt über die Grenzen, die ihr das römische Recht zog, erweitern zu können. Wenn nach Deckung der Vorhypothek nichts übrig bleibt, so ist für den Nachhypothekar kein Mittel der Befriedigung vorhanden. Sein Recht kann niemals auf etwas Mehreres gehen, als auf die Hyperocha. Ist eine solche nicht zu erzielen, so darf er über die Sache selbst gar nicht disponiren. Wo das heutige Recht über diese Grenze hinausgegangen ist, müssen wir zu dem allein richtigen Prinzipe der Römer zurückkehren.

Wir dürfen das um so eher, als der Abweichung von demselben niemals eine bewußte Absicht, ein selbständiger Rechtsgedanke zu Grunde gelegen hat. Ich habe eine Skizze des historischen Entwickelungsganges besonders um deshalb vorausgeschickt, um nachzuweisen, daß jene Abweichung ursprünglich nur aus einem Nothstande hervorgegangen ist. Der Richter des sechzehnten Jahrhunderts wußte nicht, und konnte nicht sogleich wissen, ob es der bessere oder der schlechtere Gläubiger war, welcher den Verkauf begehrte. Um die Rechtsverfolgung nicht in den vielen Fällen zu gefährden, wo der erste Hypothekar Befriedigung suchte, mußte er die Möglichkeit mit in den Kauf nehmen, auch einmal den Nachhypothekar ungebührlich zu bevorzugen. Für uns genügt ein Blick auf das Hypothekenfolium des Grundstücks, um uns über die Stellung des Extrahenten vollständig zu vergewissern. Wir würden in der That von dem ungeheuren Maß von Kraft und Mitteln, das wir an Durchführung einer allgemeinen Publizität der Hypotheken wenden, den schlechtesten Gebrauch machen, wenn wir nun nicht die verdunkelte Unterscheidung zwischen Vorrecht und Nachrecht in allen ihren Konsequenzen wiederherstellen wollten. Das kann nur geschehen, wenn wir dem besseren Pfandgläubiger sein damals verloren gegangenes Widerspruchsrecht gegen den Verkauf durch einen Nachmann, soweit nöthig, wieder einräumen. Wir haben nicht zu besorgen, daß mit Beseitigung des Auswuchses auch das gesunde Element des heutigen Rechts beeinträchtigt würde. Denn wir können mit unseren jetzigen Mitteln die Grenze ziehen, welche die frühere Zeit nicht einhalten konnte, daß nämlich der Vorhypothekar nicht den Verkauf überhaupt, sondern nur den Verkauf zu einem ungenügenden Preise zu verhindern berechtigt sein soll.

Digitized by Google

§ 8.

Ich habe mich bisher ausschließlich auf den Standpunkt des Juristen gestellt und aus dem der Pfandpriorität zu Grunde liegenden rechtlichen Gedanken die nothwendigen Konsequenzen für die Konstruktion des Subhastationsverfahrens abzuleiten gesucht. Zum Schlusse komme ich jetzt auf die Prüfung unserer Frage aus dem Gesichtspunkte der betheiligten Interessen. Ich werde noch in Kürze zu zeigen suchen, daß die proponirte gesetzgeberische Maßregel nicht nur einer Forderung der Gerechtigkeit entspricht, sondern auch durch ein dringendes Bedürfniß des Realkredits geboten wird.

Dieses Bedürfniß ist in der That seit langer Zeit sehr allgemein empfunden worden, und hat eine lebhafte, nur in ihren Zielen noch unklare, Agitation namentlich seitens der ländlichen Grundbesitzer hervorgerufen. Ich habe schon angedeutet, daß die bisherige Erfolglosigkeit dieser Agitation am meisten dadurch verschuldet ist, daß man nicht genug gefordert und sich gescheut hat, das geltende Recht in seinem Fundamentalprinzip anzugreifen.

Was der Realkredit bedarf und erstrebt, ist vor Allem Sicherstellung der ersten Hypothek vor den Angriffen nachstehender Gläubiger. Die erste Hypothek soll eine dauernde, allen Schwankungen des Kredits entrückte Kapitalanlage sein. Das kann sie nicht, so lange sie von den späteren Kreditoperationen des Besitzers afficirt und in deren Krisen mit hineingezogen wird. Die Nachtheile, welche dem Kapitalisten durch das jetzige Subhastationsverfahren drohen, sind verschiedener Art. Schon daß er sich überhaupt darum kümmern, seine Rechte dabei wahrnehmen, mit dem Käufer von Neuem verhandeln soll, ist lästig genug. Aber diese Unbequemlichkeiten sind bei Weitem nicht die Hauptsache, und alle Versuche, sich dagegen zu schützen, bleiben Palliative, so lange das Damoklesschwert eines Verlustes am Kapitale selbst über der Vorhypothek schwebt. Umgekehrt, ist diese Hauptgefahr beseitigt, so werden jene Nebensorgen theils von selbst verschwinden, theils wird man sich ihretwegen über eine Abhilfe leicht verständigen können. Die Möglichkeit eines Ausfalles in der Subhastation ist der entscheidende Punkt, in welchem das Reformbedürfniß wurzelt.

Nun, wird man mir vielleicht einwenden, ein Ausfall am Kapital kann doch nur dann eintreten, wenn der Werth des Grundstücks unter den Betrag der Hypothek herabgesunken ist. Dann erweist sich eben die gebotene Sicherheit als ungenügend, und diese im Wesen jedes Kredites begründete Gefahr kann durch keine Gesetzgebung entfernt werden. Gewiß nicht, aber darum handelt es sich auch nicht bei unserer Frage. Es können sehr wohl Fälle eintreten, und sie sind häufig genug, in denen die Entwerthung der Sicherheit nicht auf inneren Gründen, sondern auf vorübergehender Konjunktur

Digitized by Google

beruht. Nicht immer der wahre Werth des Grundstücks, sondern oft nur sein augenblicklicher Marktpreis wird geringer, als das angeliehene Kapital. Dann kann die Krise überstanden und der Ausfall vermieden werden, wenn der Gläubiger warten kann. Das Gesetz läßt aber den leichtsinnigen Kreditgeber über die Sicherheit des vorsichtigen disponiren, und zwingt diesen, sie in einem Momente zu realisiren, der für ihn vielleicht der allerungünstigste ist.

Der bereits erwähnten Denkschrift der preußischen Regierung ist eine statistische Uebersicht über alle Subhastationen beigefügt, welche seit dem 1. Mai 1867 in 19 Appellationsgerichtsbezirken durchgeführt worden sind. Aus dieser entnehme ich die Notiz, daß Fälle, in denen dem Extrahenten vorgehende Gläubiger einen Ausfall erlitten, zwischen 15 und 16 Prozent der Gesammtzahl betragen haben. Alle diese Fälle — es sind ihrer in etwa vier Jahren über 2500 — würden nach unserem Vorschlage in die Kategorie fruchtlos ausgefallener Exekutionen gehören, für das ungenügende Gebot würde der Zuschlag gar nicht haben ertheilt werden dürfen. Zum größten Theile würden diese Subhastationen wohl gar nicht versucht worden sein, wenn der Extrahent die Eventualität vor sich gesehen hätte, die Kosten des vergeblichen Verfahrens tragen zu müssen. Nun läßt sich allerdings nicht genau beurtheilen, wie viele von diesen Tausenden benachtheiligter Gläubiger ihr Geld definitiv gerettet haben würden, wenn sie auf bessere Zeiten hätten warten können. Sicherlich aber doch Viele unter ihnen, denn mit ihrem Interesse geht das des Schuldners naturgemäß Hand in Hand. Diese würden Alles aufgeboten haben, wenigstens den besseren Hypotheken gerecht zu werden, wenn sie sich dadurch im Besitz ihrer Grundstücke hätten halten können.

Angesichts dieser Zahlen darf man gewiß die Gefahr erzwungenen Verlustes, welche auch den bestangelegten Kapitalien aus dem jetzigen Rechtszustande erwächst, nicht unterschätzen. Wäre aber unter jenen 15 Prozent auch nur eins, in welchem der Ausfall in der That nicht durch den inneren Unwerth des Grundstücks, sondern allein durch den Druck des Gesetzes verschuldet ist, so würde dieses eine Prozent genügen, um alle Realsicherheit zu diskreditiren. Jede Gefahr eines unabwendbaren Verlustes, sei sie auch noch so entfernt, verscheucht die Waare vom Markte. Darum lastet das jetzige Subhastationsverfahren wie ein Alpdruck auf dem ganzen Hypothekenverkehr. Nicht den Kreditgeber, wohl aber den Kreditsucher trifft schließlich der viel empfindlichere Nachtheil, daß er mit anderen Sicherheiten nicht konkurriren kann, und durch höheren Zinsfuß einen unnatürlich gesteigerten Preis für seine Anleihen zahlen muß.

Digitized by Google

§ 9.

Die vermehrte Sicherung der ersten Hypothek ist nun allerdings nicht zu erreichen ohne eine entsprechende Schwächung der Nachhypothek. Dieser wird gerade so viel entzogen, wie jener zugewendet werden soll.

Ein Gläubiger, welcher sein zu zweiter oder dritter Stelle stehendes Kapital beitreiben will, kann nach dem System unseres Vorschlages nicht mehr, wie bisher, den Verkauf des Grundstücks um jeden Preis erzwingen. Er muß, bevor er zur Subhastation schreitet, prüfen, ob ein zu seiner Deckung genügendes Gebot in Aussicht steht. Nur wenn er dessen sicher, oder so hoch zu bieten selbst entschlossen ist, entgeht er der Gefahr, auch noch die Subhastationskosten zu verlieren. Steht die Entwerthung seiner Sicherheit fest, so muß er entweder das unvorsichtig angelegte Geld definitiv verloren geben, oder auch seinerseits auf bessere Zeiten warten. Sein eigenes Interesse wird ihn auf diese Weise antreiben, dem Schuldner bei vorübergehenden Verlegenheiten Nachsicht zu schenken. Immerhin trifft ihn aber durch den ungewissen Ausgang der Subhastation ein vermehrtes Risiko, welches den Werth seines Rechts beeinträchtigen mag.

Es ist hiernach wohl möglich, daß die Leichtigkeit, auch auf spätere Hypotheken Geld zu erhalten, durch die beabsichtigte Neuerung gemindert, folglich auch der Preis derselben, der sich in dem Zinsfuß ausdrückt, gesteigert würde. Sollte aber dieser Erfolg sehr zu beklagen sein? Hoch verschuldete Besitzer mögen allerdings den Vorzug, auf zweifelhafte Sicherheit zu borgen, ungern missen wollen. Alle besser arrangirten werden am Umfange ihres Kredites gern aufgeben, was sie durch Kräftigung desselben innerhalb des ihnen bleibenden Spielraumes gewinnen. Die Grenze, bis zu welcher im Verhältnisse zum Werthe des Grundstücks Realkredit überhaupt gesucht und gegeben wird, ist vielleicht in ziemlich weiten Kreisen über das richtige Maß gesteigert. Es würde eine wohlthätige Reaktion sein, wenn ein Theil des in Anspruch genommenen Gebiets dem bloßen Personalkredit zurückgegeben wird. Jener repräsentirt das Anlagekapital, dieser das Betriebskapital des Besitzers. Zwischen beiden würde sich dadurch allmälig ein normaleres Verhältniß herausstellen, als gegenwärtig, namentlich in einem großen Theil der preußischen Provinzen, zu bestehen scheint.

Daß aber die Nachtheile des neuen Systems nicht die gesunde Basis des Nachkredits, sondern nur dessen krankhafte Uebertreibung treffen, wird, denke ich, Jedem einleuchten, wenn wir noch etwas genauer betrachten, was denn eigentlich der Nachhypothek genommen werden soll. Offenbar nichts von der Sicherheit, die ihr im Verhältniß zum Werthe des Grundstücks naturgemäß zukommt. So lange dieser auch das nachstehende Kapital noch deckt, sei es vollständig oder auch nur zum Theil, so lange bleibt das Recht

Digitized by Google

des Gläubigers völlig unangetastet, und er mag es, nach wie vor, nach voller Strenge des Gesetzes verfolgen. Wenn aber der Werth des Grundstücks gar keine Deckung mehr bietet, womit kann ihm dann vernünftiger Weise überhaupt noch geholfen werden?

Das geltende Recht versucht in der That, auch dann noch zu helfen. Freilich direkt kann der Verlust des Kapitals nicht mehr verhütet werden, aber der Gläubiger kann ihn durch Ankauf des Grundstücks zu möglichst niedrigem Preise auszugleichen suchen. Das Gesetz gestattet ihm, die Entwerthung seiner Sicherheit zu einer Spekulation auszubeuten. Diese Aussicht ist ein zweifelhafter Gewinn für ihn, dagegen eine beständige Drohung für seine Vormänner. Mit dieser Konstruktion des Subhastationsverfahrens verlassen wir in der That den Weg einer geordneten Aushilfe und begeben uns auf den Weg des bloßen Interessenkampfes. Man trete doch einmal ein in die Gerichtsstuben und sehe, wie die Parteien einander gegenüberstehen. Da kommen zuerst die großen Institute und kleinen Kapitalisten mit ihren pupillarisch sicher angelegten Sparpfennigen. Dann folgen alte Kaufgelderreste eines Vorbesitzers oder seiner Erben, vielleicht die Frucht langen, auf Verbesserung des Grundstücks gewendeten Fleißes. So geht es fort bis zu dem imaginären Gewinn eines Güterspekulanten und den theuer erkauften Nothanleihen des letzten Besitzers. Alle diese Subhastationsinteressenten haben gleiches Kampfrecht. Jeder kann den Anderen herausfordern und ihm Tag und Stunde bestimmen, wo er sein Geld vertheidigen soll. Von dem Augenblicke an, wo beiden Gegnern Verlust droht, sind hier alle Vortheile auf Seiten des schlechter Berechtigten. Er kann den Ausfall am Leichtesten verschmerzen, denn er mußte am Meisten darauf gefaßt sein, hat auch vielleicht in Gestalt hoher Zinsen oder anderer Vortheile schon eine Versicherungsprämie dafür genossen.

Während unter normalen Verhältnissen die Interessen aller Betheiligten dahin zusammenwirken würden, die Subhastationen möglichst zu vermeiden und vorübergehenden Entwerthungen des Grundbesitzes Widerstand zu leisten, bildet der Zwangsverkauf um jeden Preis ein künstliches Reizmittel für eine zwischen den Extrahenten hin- und herschwankende Spekulation. Daher jene maßlosen Uebertreibungen der Güterpreise, und dann wieder die jähen Krisen, in welchen die Grundstücke massenhaft unter den Hammer gebracht werden. Die verwegenste Preissteigerung wird ungefährlich, wenn der Käufer sich nur zur rechten Zeit des Besitzes wieder entschlägt und sich auf die begünstigte Position des Nachhypothekars zurückzieht. Von dieser behält er ja die Hand über dem Grundstück, und kann sich im günstigsten Moment sogar der von ihm selbst kontrahirten Vorhypotheken entledigen, wenn ihm gelingt, es aus der Subhastation zu niedrigerem Preise zurückzukaufen.

Digitized by Google

Ich habe schon auf dem Juristentage in Hannover gesagt: Jede ungerechte Bevorzugung der Nachhypothek ist — wirthschaftlich ausgedrückt — eine Beförderung des Schwindelkredits auf Kosten der soliden Kapitalanlage. Diesen Ausspruch kann ich, als Resumé des Vorigen, hier nur wiederholen. Darum sind die Mängel unserer Subhastationsordnungen der eigentliche Krebsschade für den Realkredit. Alle Erleichterungen, die man ihm durch Vervollkommnung der Grundbücher zu verschaffen sucht, können nur als Vorbereitung gelten für die entscheidende Abhilfe, die er auf diesem Gebiete von der Gesetzgebung zu fordern hat.

Möge der Juristentag sein möglichst einmüthiges Votum für den Grundgedanken dieser Reform in die Wagschale legen.

Digitized by Google

VIII.

Gutachten des Herrn Advocat Dr. Heinsen in Hamburg

über die Gesetzgebungsfrage:

Soll eine Reform des Zwangsversteigerungsverfahrens dahin erstrebt werden, daß der Zuschlag nicht ertheilt werden darf, wenn das Gebot den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht übersteigt?

Meine Ansicht über die obige Frage habe ich auf dem eilften deutschen Juristentage durch einen deren Bejahung ausdrückenden, wegen ungenügender Vorbereitung damals zurückgestellten, Antrag bereits zu erkennen gegeben. Inzwischen ist mir nichts bekannt geworden, was meine Ansicht hätte umwandeln können; dagegen ist in den Jahrbüchern von Ihering und Unger im zweiten Heft des 13. Bandes eine Abhandlung des Oberappellationsgerichtsrathes O. Bähr erschienen, in welcher pag. 204 ff. diese Frage gleichfalls bejaht ist.

Zur Begrenzung und Präcisirung des hier zu behandelnden Themas habe ich einige Bemerkungen voranzuschicken! Ich werde von meiner Betrachtung die Zwangsversteigerung verpfändeter oder abgepfändeter Mobilien ausschließen. Das Hypothekenwesen für Immobilien mit Hypothekenbüchern, nach den Grundsätzen der Publizität und Spezialität, bietet eine wesentlich andere Grundlage für die zu beantwortende Frage, als das für Mobilien geltende Hypothekenrecht. Meiner Ueberzeugung nach wird mehr und mehr auch der altdeutsche Grundsatz „Hand muß Hand wahren" wieder zur Herrschaft und schließlich zur allgemeinen Anerkennung und Anwendung gelangen; damit aber

Digitized by Google

verliert die betreffende Frage bezüglich der Mobilien ihre praktische Bedeutung, die ihr schon jetzt nur in beschränkter Weise zukommt. — Die Fassung der gestellten Frage weist bereits darauf hin, daß eine Zwangsversteigerung im Konkurse außer Erwägung bleibt, und nur die auf Betrieb eines einzelnen Gläubigers und eventuell derer, welche sich ihm anschließen, eintretende Zwangsversteigerung der Erörterung zu Grunde zu legen ist. — Die Frage wird zu beantworten sein bezüglich vorgehender Hypotheken nicht nur im technischen Sinne, sondern bezüglich vorgehender dinglicher Belastungen jeder Art, einerlei ob dies Hypotheken, Grundschulden (ohne persönliche Verbindlichkeit), privatrechtliche Reallasten, Renten ꝛc. sind; die für die Beantwortung zu erwägenden volkswirthschaftlichen wie rechtlichen Rücksichten treffen alle in gleicher Weise. Wie in der Frage sind auch in den folgenden Ausführungen unter dem a potiori gebrauchten Ausdruck „Hypothek" dingliche Belastungen aller Art zu verstehen. — Gleichgiltig und deshalb außer Berücksichtigung bleibend erscheint auch der Grund des Vorzugs der dinglichen Belastung, ob derselbe kraft älterer Eintragung oder ohne solche kraft Gesetz ꝛc. Statt hat; ferner ob bei dem Verkauf das Gericht als Vertreter des betreibenden Gläubigers fungirt, oder wenn auch auf dessen Veranlassung doch nur kraft obrigkeitlicher Machtbefugniß handelt, ob endlich der Kaufpreis zum gesammten Betrage baar ausgezahlt werden muß, oder die durch das Meistgebot gedeckten Posten stehen bleiben und auf den Kaufpreis übernommen werden.

Dies vorangeschickt wende ich mich zum Gegenstande meiner Erörterung und zunächst zu den wirthschaftlichen Gesichtspunkten.

In jedem der gesetzlichen Regelung unterliegenden menschlichen Verhältnisse muß diese Regelung in einer dem vernunftgemäßen Zwecke desselben entsprechenden Weise erfolgen, der also für die Gesetzgebung bestimmend ist.

Die Beziehungen des Menschen zu den Sachen sind vorzugsweise wirthschaftlicher Art, die gesetzliche Ordnung des Sachgüterrechtes ist deshalb vor Allem so einzurichten, wie sie dem wirthschaftlichen Zwecke am gemäßesten ist.

Der volkswirthschaftliche Nutzen des Credits überhaupt und speziell des Realcredits ist unbestritten; mit der fortschreitenden Kultur wächst sogar das Bedürfniß der Benutzung fremder Kapitalien zur möglich produktiven Ausbeutung der eigenen Kraft und des eigenen Besitzes. Der eigentliche Zweck des Pfandrechts ist die Sicherung des Credites. Der Realcredit des Grundbesitzers ist wesentlich abhängig von der Güte der Hypothekengesetzgebung einschließlich des Immobiliar-Executions- und Zwangsversteigerungsverfahrens. Diese Gesetzgebung ist deshalb so zu organisiren, wie sie dem Realcredite am meisten

Digitized by Google

förderlich ist, daher so wie sie den Kapitalisten am geneigtesten macht, Geld zu geben. Dies geschieht, abgesehen von anderen hier nicht in Betracht kommenden Erfordernissen, einerseits durch höchstmögliche Unabhängigstellung und Sicherung seiner Inscription gegen Vornahmen seines Schuldners und anderer Gläubiger desselben, sowie die möglich geringe Belästigung zur Wahrung seines Rechtes; andererseits durch möglich geringe Schädigung der allgemeinen Leistungsfähigkeit und des allgemeinen Credits des Schuldners.

Je nachdem man bei der Zwangsversteigerung die Zuschlagsertheilung auch zu einer Summe zuläßt, durch welche die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht gedeckt werden, d. h. für Kapital und was dem anhängig volle Befriedigung nicht gewährt wird, oder einen Zuschlag nur dann eintreten läßt, wenn die gebotene Summe zu solcher vollen Deckung ausreicht, werden die Interessen aller direkt oder auch nur indirekt betheiligten Personen wie auch das allgemeine öffentliche Interesse in sehr verschiedener Weise berührt. Der Kürze wegen mag das erstbezeichnete Verfahren das Verkaufssystem, letztes dagegen das Deckungssystem benannt werden.

Die Inhaber dem betreibenden Gläubiger vorangehender Hypotheken, (und dies sind bei der durch einen Buchgläubiger betriebenen Zwangsversteigerung die sämmtliche protokollirten Kreditoren) werden bei dem Deckungssystem durch die Schritte des ihnen nachstehenden Gläubigers gar nicht berührt. Ihre Posten werden durch die Zwangsversteigerung nicht gefährdet, sie haben sich um dieselbe also gar nicht zu bekümmern; spätere Inscriptionen des Eigenthümers des Grundstücks, wie sonstige Schuldenkontrahirung desselben, sind für sie ganz gleichgiltige Dinge. Umgekehrt bei dem Verkaufssystem liegt bei jeder Zwangsversteigerung auch für die Inhaber dem betreibenden Gläubiger vorhergehender Hypotheken die Möglichkeit vor, durch das Kaufgebot nicht gedeckt zu werden. Auch der Inhaber des ersten Postens muß stets aufmerksam sein, ob eine Zwangsversteigerung eintreten wird, und bei dieser das Erforderliche zur Vertheidigung seines Postens wahrnehmen, vielleicht das Grundstück kaufen. Spätere Inscriptionen und auch sonstige Schuldenkontrahirung des Eigenthümers steigern die Subhastationsmöglichkeit, erhöhen damit die Gefahr und die Verpflichtung zur Aufmerksamkeit. Die wirkliche Zuschlagsertheilung fügt dem nicht gedeckten Kreditor einen Verlust zu, von dem er sonst vielleicht nie, jedenfalls noch nicht betroffen würde. Von außerordentlicher Bedeutung aber ist die Gefahr von Kollusionen des Eigenthümers mit wirklichen oder fingirten Gläubigern, namentlich nach denjenigen Gesetzgebungen, welche den neuerdings mehr und mehr zur Anerkennung gelangten Prinzipien gemäß dingliche Belastungen ohne persönliche Verhaftung des Eigenthümers kennen, wie die mecklenburg-schwerinsche ritterschaftliche Hypotheken-Ordnung und die Stadtbuchordnung, ferner die Grund-

Digitized by Google

buchschulden des preußischen Gesetzes vom 5. Mai 1872. Hier ist es dem Eigenthümer offenbar ein Leichtes, durch Veranlassung der Verfolgung einer später vielleicht zu diesem Zweck eingetragenen Grundschuld oder auch einer sonstigen Schuld und Wiederverkauf des zur Subhastation gebrachten Grundstückes, dasselbe bei dem Verkaufssystem frei von allen Hypotheken und Grundschulden wiederzuerwerben, und sich damit von nicht zu seiner persönlichen Verantwortung stehenden Schulden zu befreien. — Das Interesse der dem die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypothekeninhaber fordert also sehr entschieden, daß der Zuschlag nur zu einem sie deckenden Preise erfolge.

Das Interesse der dem betreibenden Gläubiger nachstehenden Kreditoren kommt rechtlich nicht in Betracht. Thatsächlich ist es auch gleichgiltig für sie, zu welchem ihre Hypothek nicht erreichenden Preise verkauft oder dem betreibenden Gläubiger das Grundstück adjudicirt wird. Materiell ist es aber auch für sie vortheilhaft, wenn wegen zu niedrigen Gebots Verkauf und Adjudication ganz unterbleiben, und ihnen dadurch die bisherige Chance späterer Befriedigung erhalten wird.

In gleicher Lage befindet sich der den Zwangsverkauf betreibende Gläubiger. An einem die ihm vorgehenden Hypotheken nicht deckenden und demnach ihm auch nicht zum kleinsten Theile eine Befriedigung gewährenden Verkaufe hat er kein Interesse, vielmehr daran, daß ihm durch Nichtertheilung des Zuschlags in solchem Falle die Möglichkeit künftiger günstiger Befriedigung bei besserer Conjunctur oder sonst besserer Umstände offen bleibt. Allerdings werden ihm solchen Falles die Kosten des Verfahrens zur Last fallen, welche er sonst dem besseren ohnehin durch seine Prozedur in Verlust kommenden Posteninhaber zuwälzt; aber dieses Interesse ist gewiß nicht berücksichtigungswerth. Die Kosten sind ein accessorium seiner Forderung, die wie diese ungedeckt bleiben, und die ihn von Rechtswegen treffen, wie auch sonstige Kosten eines gegen einen insolventen Schuldner gewonnenen Prozesses die Forderung des Gläubigers vermehren. Ebensowenig verdient das allerdings mögliche Interesse, das zum Zwangsverkauf gebrachte Grundstück billig zu erwerben, eine Beachtung. Dieses Interesse hat der betreffende Kreditor nicht als Inhaber einer protokollirten Forderung und zu deren Schutz, sondern als Bieter, wie jeder Andere, auch Nichtgläubiger, und steht also das allgemeine Interesse in Frage, welches weiter unten betrachtet werden soll.

Der Eigenthümer ist bei dem Verkaufssystem, sofern er auch mit seinem sonstigen Vermögen haftet, nicht nur abseiten des betreibenden Gläubigers und derjenigen, die ihm nachstehen, sondern auch von Seiten der ungedeckt gebliebenen voranstehenden Hypothekeninhaber weiteren Angriffen und der Eröffnung des Generalkonkurses ausgesetzt. Von Seiten dieser letzten wenigstens

Digitized by Google

würde dies nicht der Fall sein, wenn der Zuschlag ohne deren Deckung nicht ertheilt werden darf. Aber auch durch die übrigen Kreditoren ist er, wenn nach dem Deckungssystem der Verkauf unterbleibt, von weiteren Angriffen weniger bedroht, sofern deren Forderungen noch nicht fällig sind, oder sie eine günstigere Zeit zur Geltendmachung ihrer Hypothek abwarten, sofern der betreibende Gläubiger von weiteren Schritten absehen oder eine Sequestration und Verwaltung oder Verpachtung des Grundstückes eintreten kann. Hierdurch ist sogar die Möglichkeit der Befriedigung geboten und jedenfalls der späteren anderweiten Schuldtilgung und Wiedererlangung des Besitzes. Diese letzten, die Konservirung des Besitzthums betreffenden, Momente gelten auch für den persönlich nicht haftenden Grundeigenthümer. Auch für diesen, namentlich aber für den mit seinem sonstigen Vermögen haftenden Grundeigenthümer ist somit ein Interesse vorhanden, daß der Zuschlag nicht nach Maßgabe des Verkaufssystems ertheilt werde.

Ein gleiches Interesse hat auch der von dem Grundeigenthümer etwa verschiedene persönlich haftende Schuldner, wenn er gegen Zahlung von dem Gläubiger die Cession der Klagen seines hypothekarischen Rechtes verlangen kann (z. B. in Mecklenburg mit Ausnahme des Geltungsgebietes der ritterschaftlichen Hypothekenordnung und der Stadtbuchordnung), die von dem Gläubiger natürlich nur gewährt werden kann, wenn seine Hypothek bei einem Verkauf noch nicht ausgefallen, dieser respektive nicht zur Ausführung gekommen ist. Sind zwar die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken, er selbst aber nicht gedeckt, so steht ihm wie den nachstehenden Posteninhabern gegenüber der persönliche Schuldner, zwar nicht besser, aber auch nicht schlechter, wie bei einem Zuschlage zu geringerer Summe. Sonst aber hat er bei nicht bewirktem Verkauf einen Vortheil außer durch die von ihm zu beanspruchende Klagencession auch durch die wenigstens vorläufige Nichtbeanspruchung von Seiten der Inhaber der besseren, bei der Subhastation nicht ausgefallenen Posten.

Auf die chirographarischen Gläubiger des Eigenthümers des Grundstücks, wie des etwa von demselben verschiedenen persönlichen Schuldners, haben ein Interesse daran, daß ein Verkauf des Grundstücks zu einem die darauf intabulirten Gläubiger nicht deckenden, jede Hoffnung auf einen Ueberschuß abschneidenden Preise und der Generalkonkurs vermieden oder doch verzögert werde, was jedenfalls leichter geschieht von einer geringeren Zahl bei dem Verkaufsversuch unbefriedigt gebliebener Gläubiger, so lange denselben noch der Weg der Fruchtziehung, der Verpachtung, des späteren Verkaufes offen steht, als bei einer größeren Zahl Kreditoren, denen das Objekt, auf welches sie zunächst für ihre Befriedigung angewiesen waren, definitiv verloren ging.

Digitized by Google

Somit wirkt das Deckungssystem auch auf eine Erhöhung des Personalkredites des Schuldners und steigert dadurch seine Leistungsfähigkeit.

Liegt es hiernach mehr im Interesse aller, sei es direkt oder indirekt, bei einer Zwangsversteigerung betheiligten Personen, daß der Zuschlag nicht erfolge, wenn das Gebot die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht deckt, und der Verkauf unterbleibe, als daß bereits bei geringerem Gebot das Gut veräußert werde: so ist damit auch ein allgemeines öffentliches Interesse konstatirt. Denn was im Interesse der Betheiligten in allen einzelnen Fällen ist, das ist von allgemeinem Interesse. Für dieses bestehen aber noch weitere Gründe, wenn man, wie bei Auffassung von Gesetzen erforderlich, auch über den Kreis der bei einem Gesetze zunächst betheiligten Personen hinaus, auf das Interesse der staatlichen Gesellschaft überhaupt sieht. Die größtmögliche Befähigung zur Benutzung des Realkredites ist nicht nur ein Vortheil des Einzelnen, der ihn gerade braucht, sondern ein allgemeiner Vortheil der Gesellschaft durch den Gewinn ergiebigerer Bewirthschaftung des Grundbesitzes und dessen industrieller Ausbeutung. Da den Hypotheken durch das Deckungssystem in höherem Maße als durch das Verkaufssystem eine Sicherheit gegen Verluste gewährt wird, dieselben von späteren Handlungen des Schuldners und anderer Gläubiger unabhängig gestellt werden, und in geringerem Maße eine Vigilanz erforderlich ist, überdies die allgemeine Leistungsfähigkeit des Schuldners gewinnt, so wird bei dem Deckungssystem leichter Geld auf Hypotheken zu erlangen, der Realkredit ein größerer sein zum Nutzen nicht nur des Einzelnen, sondern auch der Allgemeinheit. Es ist ein bekanntes Beispiel, daß werthvolle Häuser in Berlin schon für einen Thaler zugeschlagen sind. Die Verminderung der Sicherheit und insbesondere die Forderung einer steten Vigilanz entfremden Kapitalien, welche sonst vorzugsweise zu einer dauerhaften Belegung in Grundstücken geeignet sind, dem Grundbesitz, und treiben sie der weniger wünschenswerthen Anlage in Fonds zu. Das Bestreben der neueren Zeit ist darauf gerichtet, eine größere Mobilisirung der hypothekarischen Kapitalanlagen herbeizuführen, den Realkredit zu steigern und ihm einen weiteren Markt zu eröffnen. Hierfür muß das Verkaufssystem als eines der größten Hinderniſſe erscheinen; denn ein lebendigerer Verkehr in hypothekarischen Werthen, ein Absatz derselben auch an entfernter wohnende Personen, ist nur denkbar bei größter Unabhängigkeit von nicht aus den bezüglichen Urkunden ersichtlichen concreten Verhältnissen und geringster Nöthigung des Gläubigers zur Vigilanz. Diesen Anforderungen entspricht das Deckungssystem in weit höherem Maße. Indem dieses den Schuldner selbst in der Dauer seines Grundbesitzes weniger gefährdet, dient dasselbe ferner auch zur Steigerung des gleichfalls der Allgemeinheit indirekt zum Vortheil gereichenden Personalkredits.

Digitized by Google

Allerdings muß bei dem Deckungssystem häufiger als bei dem Verkaufssystem die Zwangsversteigerung ein bloßer Verkaufsversuch bleiben. Es ist die Meinung aufgestellt worden, daß deshalb das Verkaufssystem die Aufnahme von Hypotheken erleichtere; und freilich gewährt das Deckungssystem dem Nachhypothekar ein Zwangsmittel gegen den Schuldner weniger, nämlich das eines ihn, den Nachhypothekar, nicht befriedigenden Verkaufes. Aber mit Rücksicht auf dieses Zwangsmittel wird Niemand Hypotheken nehmen, vielmehr lediglich in dem Glauben an einen für deren Deckung zureichenden Werth des Pfandobjekts, oder auch, falls zugleich eine Personalforderung entsteht, im Vertrauen auf die persönliche Solvenz des Schuldners, und wird das erwähnte Zwangsmittel durch die Möglichkeit einer Konkurseröffnung respektive Drohung mit derselben durchaus überflüssig. — Die mit dem Deckungssystem häufiger verknüpfte Resultatlosigkeit der Verkaufstermine ist kein Vorwurf. Der Niemand nützende, Vielen aber schadende Verkauf, durch den speziell der denselben Betreibende keine Befriedigung erreicht, ist kein wünschenswerthes Ergebniß. Im Gegentheil ist im allgemeinen Interesse dahin zu streben, die Zahl der Subhastationen nach Möglichkeit zu verringern, und dem Grundeigenthümer Gelegenheit zu bieten, bessere Zeiten abzuwarten und sich wieder empor zu arbeiten. Häufige Subhastationen, die Erleichterung solcher, führen namentlich in kritischen Zeiten zu Verkäufen unterm Werth, zu Verschleuderungen (wogegen auch Taxen nur ein unzureichendes Palliativ bieten), Gutsschlächtereien, Waldverwüstungen ꝛc., wohl zum Vortheil der einzelnen Käufer, aber zu unzweifelhafter Schädigung nicht nur des Eigenthümers, Schuldners und hypothekarischen Gläubigers, sondern auch der allgemeinen Wohlfahrt. —

Die Zwangsversteigerung zu Gunsten einer einzelnen Forderung bewirkt eine häufig genug nicht im rechten Verhältniß mit derselben stehende Störung der wirthschaftlichen Ordnung; aber man wird dieselbe hinnehmen müssen, wenn sie zur Befriedigung eines anzuerkennenden Rechtsanspruches dient. Ist dies dagegen nicht der Fall, wird die wirthschaftliche Ordnung ganz nutzlos gestört, dann erscheint die Zwangsversteigerung durchaus verwerflich. Die Gefahr vor Kollusionen des Eigenthümers mit wirklichen oder fingirten Gläubigern ist bereits erwähnt. — Dagegen mag hier noch des Interesses an einem raschen, billigen und einfachen Verfahrens gedacht werden. Offenbar kann das Verfahren einfacher, deshalb rascher und billiger sein, wenn die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken sich gar nicht zu melden brauchen, wegen ihrer gar keine Untersuchungen anzustellen, keine Taxen*)

*) Die Aufstellung von Taxen erfolgt zwar hauptsächlich im Interesse des Schuldners. Mir scheint dieselbe allgemein verwerflich; es ist kein Rechtsgrund

Digitized by Google

aufzumachen, keine Gelder zu empfangen und auszuzahlen sind. Aus der preußischen Provinz Neuvorpommern und Rügen, woselbst das Deckungssystem gilt, ist mir allerdings ein Bedenken geäußert worden, das, wenn begründet, von großer Bedeutung sein würde. Es ist nämlich eingewendet, daß aus dem Hypothekenbuche zwar die eingetragenen Kapitalien und deren Priorität zu ersehen seien, nicht aber deren Accessorien an Zinsen und Kosten, sowie die Kündigung, und wenngleich die Zinsen einer vierjährigen Verjährungsfrist unterworfen seien, so könne diese Frist doch durch Klage oder Anerkenntniß unterbrochen sein. Es müsse demnach der Käufer darauf gefaßt sein, nach Zahlung des Kaufpreises noch wegen solcher Rückstände in Anspruch genommen zu werden und dieselben aus seiner Tasche zu zahlen, wenn ohne Gewährleistung dieserhalb verkauft wurde; während bei erfolgter Gewährleistung er einen vielleicht unsicheren Regreß habe, die Gewährleistung auch den betreibenden Gläubiger in bedenklicher Weise belaste. Jedenfalls müsse diese Sachlage auf das Kaufgebot nachtheilig wirken. Diese Bedenken erklären sich aus dem Umstande, daß in der genannten preußischen Provinz die Folien der Hypothekenbücher zumeist noch nicht regulirt sind. Sie erledigen sich durch eine gehörige Ordnung der Hypothekenbücher und die gesetzlich auszusprechende Verpflichtung zur Anmeldung nicht aus denselben ersichtlicher Ansprüche bis zu dem den inscribirten Kreditoren kund zu gebenden und öffentlich bekannt zu machenden Verkaufstermine, unter dem Präjudiz nicht weiterer Verhaftung des Grundstücks, wie z. B. in Hamburg, wo man in Folge dessen im Verkaufstermin ganz genau die zur Deckung der Vorhypotheken nebst Rückständen an Zinsen, Abgaben und Kosten erforderliche Summe kennt. Daß die fraglichen Bedenken sehr praktisch sind, dürfte außerdem zu bezweifeln sein, da die hypothekarischen Gläubiger einer Gelegenheit, ihre rückständigen Zinsen und Kosten zu erhalten, schwerlich ausweichen, und über deren Betrag dem den Verkauf betreibenden Gläubiger oder dem Gericht auf desfalsige Anfrage bereitwilligst Auskunft ertheilen werden.

Aus dem Gesichtspunkt wirthschaftlicher Zweckmäßigkeit ist somit das Deckungssystem dem Verkaufssystem vorzuziehen, d. h. ist die in der Ueberschrift gestellte Frage zu bejahen, und nach dem im Eingang aufgestellten Grundsatz kommt dem wirthschaftlichen Zweck für die vorliegende Frage de lege ferenda eine entschiedene Bedeutung zu.

---

erfindlich, aus welchem der Gläubiger, welchem das Grundstück in einer unter der Taxe bleibenden Priorität verpfändet ist, weil das Kaufgebot, obgleich zu seiner Befriedigung ausreichend, die Taxe oder eine bestimmte Quote derselben nicht deckt, in der Verfolgung seines Rechtes eine Hinderung oder auch nur eine Verzögerung erleiden soll.

Digitized by Google

Zu gleichem Resultat führt aber auch die Rücksicht auf die nothwendige innere Zusammenstimmung der einzelnen Bestimmungen der Rechtsordnung und die Konsequenz anerkannter Prinzipien.

Einer der ersten Rechtsgrundsätze ist, daß ein Recht nur besteht, soweit ihm ein entsprechendes Interesse innewohnt. Der betreibende Gläubiger hat aber als solcher kein Interesse an einem Zuschlag, der für seine Forderung auch nicht theilweise eine Befriedigung gewährt, und folglich kein Recht, denselben zum Schaden der widersprechenden Vorgläubiger zu fordern. Ein Interesse, als Bieter einen billigen Zuschlag zu erhalten, ist dagegen rechtlich nicht zu attendiren. Denn das in dem Pfandrecht steckende Verkaufsrecht hat nur den Zweck, die Forderung des Gläubigers aus der Pfandsache zu befriedigen; eine Ausbeutung des Verkaufsrechtes zur Verfolgung des Interesses als Bieter würde eine mißbräuchliche sein. Diese Gesichtspunkte insbesondere sind in der citirten Abhandlung von Bähr in treffender Weise ausgeführt worden, auf die deshalb verwiesen wird. Nicht zutreffend scheint es mir dagegen, wenn daselbst zur Beseitigung des Interesses des betreibenden Gläubigers an einem seine Forderung nicht befriedigenden Zuschlage, um die Kosten des Subhastationsverfahrens wieder zu erlangen, angeführt wird, die Vorwegnahme der Kosten aus dem Erlöse beruhe auf dem Gedanken, daß die Subhastation im Interesse der Gläubiger eingeleitet sei; wenn aber diejenigen Gläubiger, welche allein aus dem Erlöse etwas erhielten, den Verkauf nicht wollten, könne man nicht sagen, derselbe sei in ihrem Interesse eingeleitet. Diese Argumentation würde auch auf nachstehende Gläubiger angewendet werden können. Der der Vorwegnahme der Kosten zu Grunde liegende Gedanke ist auch wohl in der unten noch zu besprechenden Auffassung des Subhastationsverfahrens als eines Spezialkonkurses zu suchen. Das hier fragliche Interesse des betreibenden Gläubigers ist einfach verwerflich, wie überhaupt das faktisch gewiß nicht oft zu leugnende Interesse, daß ein Anderer als der Schuldner zahle, — weil kein Recht darauf besteht, das Interesse kein rechtliches ist. Die für die Eintreibung einer Forderung aufgewandten Kosten bilden, wie oben schon erwähnt, ein accessorium derselben, deshalb muß der der Forderung nachstehende Kreditor auch deren vorgängige Deckung gestatten, deshalb aber auch gehen sie den der Forderung vorgehenden Kreditor nichts an.

Dingliche Rechte haben zum unmittelbaren Gegenstand eine Sache, zum unmittelbaren Inhalt die Herrschaft über die Sache (in ihrer Gesammtheit als Eigenthumsrecht, in einzelnen Beziehungen als sonstige dingliche Rechte). Daher ist der ihnen entsprechende Anspruch nicht auf eine bestimmte Person des Verpflichteten beschränkt, wie bei den Forderungsrechten, sondern geht gegen Jedermann, und besteht darin: sich mit dieser Herrschaft nicht in

Digitized by Google

Widerſpruch zu ſetzen (Windſcheid, Pandektenrecht § 40). Hiernach iſt die Zulaſſung eines Verkaufes, welcher die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht intact läßt, rechtlich durchaus unſtatthaft. Denn die dem vorgehenden Kreditor zuſtehende Herrſchaft über die Sache ſelbſt würde dadurch in ein eventuelles Verzugsrecht bei der Vertheilung des Erlöſes, in welches die Sache wider oder doch ohne ſeinen Willen umgeſetzt würde, herabgemindert oder vielmehr verwandelt, — der betreibende Gläubiger, welcher zur Achtung der dem ihm vorgehenden Berechtigten zuſtehenden Herrſchaft über die Sache verpflichtet iſt, würde befugt, dieſe Herrſchaft zu vernichten, d. h. die Dinglichkeit des Rechtes — und, wenn der Erlös nicht ausreicht, überhaupt jedes Recht des vorgehenden Hypothek-, Servitut- oder ſonſt wie dinglich Berechtigten würde negirt.

Durch letzteres wird auch gegen die, ganz abgeſehen von der Dinglichkeit eines Rechtes, geltende Forderung der allgemeinen Rechtsordnung verſtoßen, daß die derſelben gemäßen Rechte des Einzelnen von den Anderen anerkannt und vor Verletzung bewahrt werden müſſen. Dieſe Verpflichtung iſt eine weſentliche Vorausſetzung und Bedingung eines Rechtes, ohne welche der Begriff des Rechtes nicht beſtehen kann. Haben in einem geordneten Rechtsorganismus die Menſchen gegenſeitig ihre Rechte anzuerkennen, und ſind dieſelben zur Beſtimmung des Vorranges nach der ihnen von der Rechtsordnung gewährten Qualität gegen einander abzuwägen, ſo verſteht ſich die Verneinung der Frage: Iſt der prior creditor verpflichtet von ſeinem Rechte aufzugeben, weil der posterior creditor ſein Recht verfolgen will, von ſelbſt; dies iſt aber nur eine andere Formulirung der in der Ueberſchrift geſtellten Frage.

Man wird hiergegen nicht darauf verweiſen können, daß das Pfandrecht ꝛc. das ganze verpfändete Grundſtück ſeinem vollen Werthe nach ergreife und es deshalb jedem Pfandgläubiger zuſtehen müſſe, ſein Recht in dieſem vollen Umfange zur Geltung zu bringen. Zunächſt iſt die Richtigkeit des vorausgeſetzten Satzes nicht unbedingt anzuerkennen. Der eine Verpfändung bewilligende Eigenthümer kann dies, wie ohne Einſchränkungen, ſo auch mit ſolchen thun, z. B. auch daß eine beſtimmte Werthquote, und auch daß eine erſte Werthquote nicht verpfändet ſein ſoll. Wenn aber auch die Sache ohne ſolche Einſchränkung verpfändet wurde, iſt dieſer Schluß nicht einmal im Verhältniß zwiſchen Hypothekgläubiger und Eigenthümer richtig: ſondern bei einer zweiten Verpfändung ergreift dieſe die um die erſte Verpfändung entwerthete Sache. Es geht zwar die Meinung dahin, das Pfandobject ſeinem vollen Werthe nach haftbar zu machen; aber nur salvo iure prioris pignoris, in ſoweit das Recht des voranſtehenden Creditors hierzu Raum läßt, und der Verpfänder, der ja nur cum onere verkaufen und verpfänden kann, überall dazu in der Lage iſt. Bei der Colliſion verſchiedener auf daſſelbe

Digitized by Google

Object, respective dessen Werth, nach seinem ganzen Umfange berechtigter Personen aber kann es gewiß nicht zweifelhaft sein, daß der schlechter Berechtigte dem besser Berechtigten weichen muß, und erst nach Beseitigung dieses und damit jener Beschränkung, oder doch nur soweit dies mit völliger Unberührtlassung des besseren Rechtes ausführbar ist, sein schlechteres Recht ausüben kann.

Die Aufgabe des Civilprozesses ist die Verwirklichung der wiederherstellenden Civilrechtspflege durch die hierzu bestimmten staatlichen Organe, demgemäß die Feststellung bestrittener oder doch verletzter Privatrechte durch richterliche Entscheidung, und die zwangsweise Realisirung des durch die Entscheidung anerkannten Privatrechtes durch Exekution. Daraus folgt, daß die Exekutionsmittel durch den Zweck begrenzt sind, ein bestimmtes Recht zu realisiren, und auch die Unverletzbarkeit der dem zu exequirenden Rechte vorgehenden Rechte Anderer zu achten haben. Angewandt auf den hier in Frage stehenden Fall aber ergiebt sich daraus: Die die Befriedigung eines Gläubigers bezweckende Exekution durch Zwangsversteigerung eines seinem Schuldner gehörigen Grundstückes darf nicht Statt finden, wenn dadurch der gedachte Zweck nicht erreicht werden kann. Sie darf nicht Statt finden mit Verletzung der Rechte Anderer, welche dem betreibenden Gläubiger vorgehen, deren Vorzugsrecht also von ihm respektirt werden muß, während selbstverständlich nachstehende Rechte für ihn nicht in Betracht kommen, da diese vielmehr sein Vorzugsrecht anerkennen müssen.

Auch die rechtliche Betrachtung also führt von verschiedenen Standpunkten aus auf eine Bejahung der in der Ueberschrift gestellten Frage.

Durchaus consequent bestimmt daher das römische Recht, daß der nachstehende Pfandgläubiger das Verkaufsrecht entbehre, ehe er seinen Vorgänger abgefunden hat und an dessen Stelle getreten ist, daß der Verkauf durch den zweiten Kreditor nullum ist, daß nicht nur der prior creditor, sondern auch der nachstehende Hypothekar evinciren kann, wie wenn nichts vorgefallen wäre.*) Eine Modification zeigt sich freilich bei dem pignus in causa judicati captum, in dem eine mit einem Pfandrechte bereits belastete Sache des Schuldners vom Executor capirt und zum Verkauf gebracht werden konnte. Aber der Verkauf konnte nur erfolgen, wenn der Kaufpreis den vorstehenden Pfandgläubiger vollständig deckte, und blieb das Recht dieses bis zur vollen Befriedigung aus dem Kaufpreise intact auch dem Käufer und dritten Besitzer des Pfandobjectes gegenüber. Die Modifikation besteht

*) Es ist dies freilich controvers; l. 1. D. de distr. pign. 20, 5 scheint mir aber entscheidend s. Dernburg Pfandrecht Bd. II. §. 160.

Digitized by Google

thatsächlich also nur darin, daß für den Fall späterer Abfindung des vorgehenden Pfandgläubigers ein Verkauf vorgenommen werden kann, statt daß das ius offerendi vor dem Verkaufe ausgeübt werden muß. Das Recht des vorgehenden Gläubigers an sich wurde vollständig respectirt, und jeder Eingriff in dasselbe vermieden.

Auch dem deutschen Rechte ist die juristische Monstrosität, daß der vorgehende Berechtigte von seinem Rechte aufgeben müsse, weil ein späterer sein Recht ausüben will, fremd. Haben mehrere Personen nach einander denselben Gegenstand gepfändet, oder ist dieser schon zuvor einem Anderen verpfändet, oder ist derselbe mehrfach verpfändet worden, so hat jeder einzelne Pfandberechtigte den Widerspruch des Anderen zu beseitigen, und nur wenn er in diesem mit dem einzelnen ein entgegenstehendes Recht Prätendirenden geführten Streite als Inhaber einer stärkeren Gewere sich ausweist, kann er sein Recht auf Nutzung, Uebereignung oder Distraction zur Ausführung bringen (vergl. Meibom, das deutsche Pfandrecht. S. 444 ff.).

Die heutige Hypothekengesetzgebung kennt neben der dem deutschen Rechte entstammenden — unlöslichen, oder von Seiten des Pfandgebers kraft Vertrag oder Gesetz löslichen — Rente und der römischen Hypothek noch verschiedene andere dingliche Belastungen, theils unter dem auch hierfür mißbräuchlich verwendeten Namen Hypothek, theils unter der Bezeichnung Grundschuld, Realobligation, (bei Schriftstellern auch als Formalobligation, Realschuld, Werthrecht, Grundrecht charakterisirt), theils ohne näheren technischen Ausdruck. Eine detaillirte Darstellung der rechtlichen Natur dieser neueren Belastungsformen ist für den hier verfolgten Zweck nicht erforderlich. Mit den älteren kommen sie darin überein, einen dinglichen Anspruch zu gewähren, das belastete Object zu verwerthen und den Erlös sich anzueignen. Als characteristisch ist aber zu bemerken, daß während die römische Hypothek ein accessorium der persönlichen Forderung ist, die dinglichen Belastungen neuerer Form mehr oder weniger unabhängig von der persönlichen Forderung und deren Schicksal sind in verschiedenen Modificationen bis zu solchen, bei denen der Zusammenhang mit einer persönlichen Forderung ganz fallen gelassen, und das inscribirte Recht ein vollkommen selbständiges Vermögensrecht ist. Das Verhältniß der Inscription zu einer etwaigen persönlichen Forderung des Berechtigten erscheint bedeutungslos für die bei Regulirung des Zwangsversteigerungsverfahrens anzuwendenden Grundsätze, nachdem solches trotz der aus dem persönlichen Verhältniß möglicherweise entnommenen Einreden einmal zugelassen ist, und da der bei der Realisirung verfolgte Zweck derselben ist, durch Verwerthung des belasteten Objectes dessen Erlös zu erhalten, so motivirt der Inhalt der aus den neueren Schuld- oder Inscriptions-

Digitized by Google

formen entspringenden Ansprüche keine anderen Executionsmittel als diejenigen des römischen und deutschen Rechtes.

Dagegen ist ein anderer Umstand von Bedeutung, und zwar die in allen neueren Hypothekengesetzgebungen, namentlich in allen denjenigen, welche die Inscription mehr oder weniger von der accessorischen Qualität der persönlichen Forderung emancipiren, zugleich waltende Tendenz, die einzelnen ein Grundstück belastenden Rechte nach Möglichkeit zu individualisiren, dergestalt, daß während die römische Hypothek principiell in unbeschränkter Weise ein Besitz- und Distractionsrecht am Pfandobject gewährt, das nur in der Ausübung durch das Vorhandensein eines besseren (oder gleichen) Rechtes gehindert wird, deshalb auch bei Wegfall des besseren Rechtes ohne weiteres nachrückt: die neuere Rechtsanschauung einer Belastung des Grundstücks von vorn herein eine bestimmte Stelle anweist, wie sich namentlich in der ganz allgemeinen Zulassung der im römischen Recht nur exceptionell und durch künstliche Construction möglichen Eigenthümerhypothek zeigt in dem Offenhalten der Hypotheken bezahlter Forderungen und Ausschluß des Nachrückens, bisweilen völlig consequent selbst im Subhastations- und Concursfalle (z. B. Hypothekengesetz für Neuvorpommern und Rügen von 1868, § 138). — Von diesem Standpunkte aus ist es nun vollends unbegreiflich, daß dem Gläubiger die Macht zustehen soll, einen Verkauf des Grundstücks vor derjenigen Stelle (Summe) zu veranlassen, von welcher sein Recht erst beginnt, also z. B. zu 50,000, während er einen Posten nur vor 70—80,000 stehend hat, und daß der vorhergehende Gläubiger sein vor 50—70,000 eingetragenes Recht soll opfern müssen, weil einem ihm nachstehenden Creditor dies beliebt! Wenn die Belastungen des Grundstückes, wie dies in den neueren Gesetzgebungen stets anerkannt wird, dingliche Rechte darstellen, und wenn ferner das dingliche Recht zwar auch das ganze Pfandobject, aber nur das nach Abzug eines bestimmten Werthes verpfändete Object ergreifen soll: so folgt daraus, daß eine den vorbehaltenen Werth des Pfandgegenstandes nicht vollständig salvirende Distraction nicht nur, wie nach römischen Rechte, indirekt verhindert und durch das Rechtsgebiet der vorgehenden dinglichen Belastungen ausgeschlossen wird, sondern ganz direct, weil solche Distractionsbefugniß schon an und für sich in dem betreffenden Rechte gar nicht enthalten ist. Es verhält sich hier gerade so, wie wenn ein mit Servituten behaftetes Grundstück verpfändet wäre, wie solchen Falles nur das durch Servituten geschmälerte Eigenthum zum Verkauf gelangen kann, so auch nur der durch andere dingliche Belastungen geschmälerte Pfandgegenstand.

Digitized by Google

Um so auffälliger ist die Erscheinung, daß nach der heutigen Gesetzgebung mit nur wenigen Ausnahmen ein Zwangsversteigerungsverfahren besteht, durch welches dem betreibenden Gläubiger, sei dies nun ein chirographarischer oder ein inscribirter Gläubiger, gestattet ist, das Pfandobject selbst in dem Falle gültig zum Verkauf zu bringen, wenn der Preis die vorgehenden Gläubiger nicht vollständig zu befriedigen, respective zu decken im Stande ist.

Das entgegengesetzte System, nach welchem der Zuschlag nur dann ertheilt werden darf, wenn die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken durch den Kaufpreis vollständig gedeckt werden, gilt nämlich, so weit mir bekannt, nur in Frankfurt a. M. (Verordnung vom 8. Juli 1817 über die Ausklage der Hypotheken und Rest-Kaufschillingsbriefe art. 18), Nassau (Executionsordnung von 1851 § 59 pos. 3), Hessen-Darmstadt (Gesetz vom 15. September 1858 betr. das Pfandrecht art. 103 u. 107), Lübeck (Civilprozeßordnung vom 28. April 1862 § 75—77), Neuvorpommern und Rügen (Gesetz vom 21. März 1868 § 138 und 139) und Hamburg (Gesetz über Grundeigenthum und Hypotheken vom 5. Dezember 1868). In Lauenburg soll ohne gesetzliche Grundlage nach der Praxis dasselbe gelten.*) In sämmtlichen benannten Ländern erfolgt die Zwangsversteigerung durch das Gericht. Das Grundstück wird entweder zu irgend einem geringen Preise eingesetzt, oder das Gesetz schreibt vor, daß zu einem die eingeklagte Schuld und die derselben vorgehenden Hypotheken deckenden Betrage, oder auch zunächst zu einer, sämmtliche auf dem Grundstücke lastenden Hypotheken, einschließlich Zinsen und Abgabenrückstände, sowie die Verkaufskosten deckenden (auch höheren) Summe eingesetzt werden müsse, und in demselben oder in einem weiteren Termine der Einsatz successive ermäßigt werden könne bis dahin, daß nur die dem Extrahenten vorgehenden Hypotheken gedeckt bleiben. Im ersten Falle wird der Zuschlag nur ertheilt, respective genehmigt, wenn das Höchstgebot zur Deckung der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken ausreicht; in den anderen Fällen kann ein Höchstgebot unter solchen Summen gar nicht vorkommen. Außerdem ist die Ertheilung des Zuschlags, respective dessen Genehmigung, bisweilen auch dadurch bedingt, daß das Höchstgebot eine bestimmte Quote des Schätzungswerthes des versteigerten Objectes erreicht. Erfolgt kein genügendes Gebot, so ist wegen Ueberschuldung ein Verfahren einzuleiten, oder der Extrahent

*) In Schleswig-Holstein ist nach der Verordnung vom 14. April 1840 eine Subhastation als Specialexecutionsmittel nur mit Consens sämmtlicher protocollirter Gläubiger zulässig, wodurch dieselbe regelmäßig zu einer leeren, Geld und Zeit kostenden Formalität wird, ohne Nutzen selbst für den an erster Stelle eingetragenen Creditor. Die Folge ist regelmäßig der Generalconcurs, in welchem zu jedem Preise verkauft wird.

Digitized by Google

kann später den Versteigerungsversuch auf seine Kosten wiederholen, oder die Adjudication des Grundstücks für seine Forderung unter Uebernahme der ihm vorgehenden Hypotheken verlangen, oder eine Sequestration u. s. w.

In den meisten Ländern aber kommt es nicht darauf an, ob das durch die Zwangsversteigerung erzielte Höchstgebot den dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken eine volle Befriedigung gewährt oder nicht. So in Oesterreich (allgemeine Gerichtsordnung von 1781 § 322—339), Preußen, Gebiet des allgemeinen Landrechts (Subhastationsordnung vom 15. März 1869), Rhein-Preußen (Subhastationsordnung vom 1. August 1822), Hannover (Gesetzesstellen bei von Bar, hannoversches Hypothekenrecht pag. 104 und 121, Anm. 17), Hessen-Cassel (Verordnung vom 5. October 1821 § 8), Bayern (Gerichtsordnung vom 29. April 1869, art. 1038—1138), Sachsen bürgerliches Gesetzbuch von 1865, § 433—436, 452), Mecklenburg (Executions- und Subhastationsordnung vom 30. September 1857, § 20 ff.), Württemberg (Pfandgesetz vom 15. April 1825, art. 112, Gesetz betr. Abänderung des Executions- und Pfandgesetzes vom 13. November 1855, art. 17—26), Baden (Prozeßordnung vom 18. März 1864, § 924—966, Verordnung über den Dienst der Gerichtsboten und Vollstreckungsbeamten, § 103 ff.), Braunschweig (Civilprozeßordnung vom 19. März 1850), Lippe (Gesetz vom 12. April 1859 betr. das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, § 126—133), Waldeck (Gesetz über das Vollstreckungsverfahren vom 14. Juni 1850), Bremen (Handfestenordnung vom 30. Juli 1860, § 43 ff.), Coburg (Gesetz betr. Verbesserung des Civilprozeßverfahrens vom 1. Dezember 1858, art. 144 und 150), Altenburg (Subhastationsgesetz von 1849), Meiningen (Executionsordnung vom 17. Juli 1862, art. 42, 43). Ebenso nach der daselbst geltenden Praxis in Altona, in directem Widerspruch mit der oben citirten Verordnung vom 14. April 1840. Hierher zu rechnen ist auch Oldenburg, soweit dort überall von einer Zwangsversteigerung außerhalb des Concurses die Rede sein kann; man kennt dort nur Personalfolien, und sind Specialhypotheken nur ausnahmsweise unter besonderen Voraussetzungen (neuer Erwerb und Eintragung innerhalb 14 Tagen nach geschehenem Erwerb) zulässig. Wird ein so verhypothecirtes Grundstück mittelst der actio hypothecaria zur Befriedigung des Gläubigers herangezogen, so können die Inhaber von Specialhypotheken so wenig, wie diejenigen von Generalhypotheken, einem Verkaufe nicht unter dem gewöhnlichen Mittelpreise widersprechen.

Die Zwangsversteigerung erfolgt stets durch das Gericht. Regelmäßig werden die hypothekarischen Gläubiger zur Meinungsäußerung über die Verkaufsbedingungen hinzugezogen, und findet eine Taxation des Grundstücks statt. Manche Gesetze kennen jedoch beides nicht; der Einsatz wird entweder

Digitized by Google

vom betreibenden Gläubiger oder von der die Versteigerung leitenden Behörde bestimmt, oder auch, es findet eine Einsetzung zu einem bestimmten Preise überhaupt nicht Statt. Nach einigen Gesetzen wird der Zuschlag im ersten Termin dem Meistbietenden unbedingt ertheilt: nach anderen nur, wenn die Taxe oder eine bestimmte Quote derselben oder der gewöhnliche Mittelpreis geboten ist; bisweilen mit der wohl kaum praktischen Ausnahme, wenn Schuldner, betreibender Gläubiger und sämmtliche eingetragene Gläubiger in den Verkauf zu geringerem Preise consentiren. Außer wegen mangelnden oder ungenügenden Gebotes ist auch bei höherem Gebot, nach einigen Gesetzgebungen ein zweiter und auch dritter Termin abzuhalten, wenn solcher von dem betreibenden Gläubiger, oder einem protocollirten Creditor unter Sicherstellung des bisherigen Gebotes und der Kosten verlangt wird. In diesem zweiten oder doch in einem dritten Termin wird zu jedem Preise verkauft, bisweilen mit einem zeitlich begrenzten Wiedereinlösungsrecht des Schuldners; oder die Subhastation wird in Ermangelung eines Minimalpreises für resultatlos geachtet, und eine Sequestration oder Verpachtung tritt ein. In Württemberg besteht ähnlich dem französischen Rechte die Besonderheit, daß dem Schuldner und den gefährdeten protocollirten Gläubigern das Meistgebot mitgetheilt wird, und wenn dieselben in bestimmter Frist einen mehrbietenden Käufer stellen, ein zweiter Termin, und wenn auch nach diesem wieder ein besserer Käufer beigebracht wird, ein Aufstrich zwischen diesem und dem früheren Meistbietenden Statt findet. Einige Gesetze enthalten besondere Bestimmungen, für den Fall, daß nur ein einziger Licitant im Verkaufstermin erscheint. Der Kaufpreis wird stets zur Befriedigung der Gläubiger, nach Maßgabe ihrer Priorität, verwandt.

Einverstandener Maßen ist das vorerwähnte, in den meisten deutschen Ländern geltende, Subhastationsverfahren auf die Bestimmungen des römischen Rechtes bezüglich des pignus in causa judicati captum zurückzuführen, und auf dieser Grundlage weiter entwickelt. Wenn diese Entwickelung dahin führte, dem nachstehenden Pfandgläubiger allgemein ein ihm vom römischen Rechte versagtes Distractionsrecht einzuräumen, so ist dagegen nichts einzuwenden, sofern nur diese Einräumung durch die Unverletzlichkeit der Rechte des besseren Creditors beschränkt wird. An und für sich gebührt dem schlechteren wie dem besseren Pfandgläubiger das Recht der Befriedigung aus dem Verkaufswerthe des Pfandobjects: aber der schlechtere Pfandgläubiger hat das Recht nur an dem mit dem besseren Pfandrechte bereits belasteten Objecte erworben, für ihn ist der Verkaufswerth der durch das ihm vorgehende Recht geschmälerte volle Werth der Sache. Es besteht kein Grund, dem schlechteren Pfandgläubiger zu versagen, aus diesem ihm haftenden, das Rechts des besseren Creditors intact lassenden, Verkaufswerth des Pfand-

Digitized by Google

objectes eine Befriedigung zu suchen. Unbeschadet dieses besseren Pfandrechtes hat das römische Recht bereits außer bei dem Judicialpfande auch dem Fiskus den Verkauf eines mit Pfandrechten belastenden Gegenstandes gestattet, in denjenigen Fällen, in denen allein ein Verkauf durch die Obrigkeit mit öffentlicher Ladung der Creditoren Statt fand. Um so näher lag es, da in Deutschland der Pfandverkauf stets durch die Obrigkeit beschafft, und diese Sitte auch nach Reception des römischen Rechtes beibehalten wurde, den Verkauf mit Pfandrechten behafteter Objecte allgemein zuläſſig zu achten. Wenn die Praxis und sodann seit Anfang des 18. Jahrhunderts die Gesetzgebung der einzelnen Territorien sich aber über die durch das Recht des besseren Creditors gestellte Schranke hinwegsetzte, so ist das keine weitere Entwicklung und Verwendung der Prinzipien des bestehenden Rechtes, sondern jede Continuität des Rechts hört dabei vollständig auf.

Die Meinung, daß ein Mißverstehen des römischen Rechtes die Ursache dieser abnormen Rechtsbildung sei, findet eine Unterstützung darin, daß die Schriftsteller von jeher und bis in die neuere Zeit (z. B. Sintenis Civilrecht, § 77 Anm. 22, § 81 Nr. II. 2, Glück, Commentar Bd. XIX p. 426) für den Grundsatz, daß der nach gehöriger Bekanntmachung erfolgte öffentliche Verkauf die Erlöschung aller auf dem Object haftender, auch dem Extrahenten vorgehender Pfandrechte bewirke, sich einfach, ohne dabei der nothwendigen Voraussetzung einer Befriedigung der vorgehenden Pfandgläubiger zu gedenken, auf die Stellen des Corpus juris zu berufen pflegten (l. 6 und 8 C de remiss. pignor. VIII. 26), welche den Verkauf durch den Fiskus oder Executor auch an einer mit Pfandrechten belasteten Sache zulassen und dieselben für erloschen erklären, wenn die öffentlich geladenen und gegenwärtigen Creditoren zu dem Verkaufe schweigen und ihr Recht nicht vertreten, deshalb als auf dasselbe verzichtend angesehen werden. Bei der Vertretung ihres Rechtes würde dann an die Vertheidigung desselben durch Bieten eines die Pfandforderung deckenden Preises gedacht sein, während darunter doch wohl nur die Anmeldung des Rechtes zu verstehen ist, da im Corpus juris zugleich in bestimmtester Weise ausgesprochen ist, daß ein Verkauf durch den Executor und den Fiskus nur zuläſſig sei ohne Läsion des Creditors, dem ein Pfand an der Sache zusteht (l. 15. § 5 D. de re iud. XLII, 1, l. 22 § 1 D. de iur. fisc. XLIX, 14). Die Klarheit dieser Bestimmungen und der Mangel von Controversen über dieselben dürfte die Meinung eines vorgekommenen Mißverständnisses jedoch kaum zuläſſig erscheinen lassen, und die Annahme näher liegen, daß die Calamität, in welche man durch die Reception des römischen Rechtes mit seinen vielen stillschweigenden, generellen und speciellen Hypotheken, seinen Hypothekprivilegien und der Privatbestellung durch einfachen Vertrag gerathen war, nicht anders zu besiegen, und ein Zwangsverkauf in einigermaßen absehbarer

Digitized by Google

Zeit nicht anders ausführbar schien, als wenn bei demselben reines Haus gemacht, und unbekümmert um die Frage, ob und zu welchem Betrage dem Extrahenten andere Gläubiger vorgehen, der Verkauf zur Ausführung gebracht und nur für eine demnächstige prioritätsmäßige Vertheilung des Erlöses gesorgt werde. Um diesem Verfahren eine gesetzliche Unterlage zu geben, berief man sich dann auf die erwähnten Codexstellen, und degradirte das Recht des besseren Pfandgläubigers zu einem Vorzugsrecht an dem erlösten Kaufpreise.

Damit wäre zwar eine Erklärung für das Entstehen des heute sehr allgemein geltenden Subhastationsverfahrens gewonnen, aber keine Rechtfertigung. Ein gesunder Rechtszustand wird nicht durch das Zerhauen des durch die verwickelten Rechtsverhältnisse geschürzten Knotens geschaffen, sondern nur durch dessen rationelle Lösung, wie sie von der Wissenschaft und Gesetzgebung in neuerer Zeit erstrebt wird, und zu einem guten Theil schon erreicht ist durch consequente Durchführung der Principien der Publicität, der Specialität und der Priorität, wodurch die Bestellung durch Vertrag, alle stillschweigenden Hypotheken, alle Generalhypotheken und alle Privilegien beseitigt werden. Hierdurch ist aber dem bestehenden, das Recht der dem Extrahenten vorgehenden Gläubiger verletzenden, Verfahren auch die aus den schwierigen Rechtsverhältnissen etwa zu entlehnende Entschuldigung genommen, und die Befriedigung der Forderung, das Verfahren mit den Principien des Rechts in Einklang zu bringen, eine unabweisbare geworden.

Man hat das Verfahren der Zwangsversteigerung und der sich weiter daran anschließenden Proceduren vielfach einen Spezialkonkurs genannt, und aus diesem Namen dann wieder Folgerungen für den Inhalt des Verfahrens abstrahirt. Namentlich soll gerade der reine Verkauf ohne Rücksicht auf die Grenzen des durch die ihm vorgehenden Hypotheken eingeschränkten Rechtes des betreibenden Gläubigers zur Konstituirung der Aktivmasse aus dem Wesen eines Spezialkonkurses folgen. Dieser schlecht gewählte Name hat recht viel Unheil gestiftet, mehr sogar als nöthig; denn auch für den Konkurs wird von einer guten Gesetzgebung zu verlangen sein, daß ein Eingriff in die Rechte der Einzelnen nicht weiter erfolge, als dies die Erfüllung der Zwecke des Konkursverfahrens nothwendig erheischt. Diese Erwägung ist auch vom eilften deutschen Juristentag in seinem Beschlusse zur Anerkennung gelangt: es sei angemessen, daß allgemein, auch im Konkurse, die bei der Subhastation durch den Kaufpreis ungedeckten Hypotheken nicht erlöschen. Diese Erwägung wird aber auch für den Konkurs dahin führen, einen nicht sämmtliche eingetragene Posten deckenden Verkauf wenigstens dann auszuschließen, wenn die Gesetzgebung lediglich reine Realbelastungen (Grundschulden) ohne konkurrirende Personalschuld kennt, oder doch im betreffenden

Digitized by Google

Fall die Beschwerung lediglich aus solchen Schulden besteht, da solchen Falles durch den Verkauf weder die Aktiv- noch die Passivmasse des Generalkonkurses beeinflußt wird. Die aus dem Namen Spezialkonkurs gezogene Folgerung ist daher unschlüssig. Eines weiteren Eingehens hierauf bedarf es jedoch nicht, da die Zwangsversteigerung im Konkurse hier nicht in Frage steht, und bei dem sogenannten Spezialkonkurse man es nur mit dem Namen Konkurs zu thun hat, in Wahrheit aber es sich nicht um einen Konkurs, sondern um eine Exekution handelt.

Die Exekution hat die Bestimmung, die Verletzung des Rechtes des Einzelnen aufzuheben und dessen Recht zu realisiren. Der Konkurs im Gegentheil ist bestimmt, die durch die Erfüllung des dem Einzelnen zustehenden Rechtes mit Mitteln, auf welche Alle zu ihrer Befriedigung einen gleichen Anspruch haben, der Gesammtheit der Kreditoren drohende Rechtsverletzung zu verhüten. Die Excekution ist ein Stadium des Prozesses des einzelnen Gläubigers mit dem Schuldner: der Konkurs gehört dem nicht streitigen Civilverfahren an; die Beantragung und Eröffnung des Concurses wird veranlaßt und dient wesentlich dazu, Excekutionen zu verhindern. Nun steht es gewiß außer Zweifel, daß die Zwangsversteigerung, welche in Verfolgung eines auf das Grundstück eingetragenen Rechtes eintritt, und durch dessen Vollstreckbarkeit bedingt ist (s. z. B. preuß. Gesetz vom Mai 1872 § 43), eine Maßregel ist lediglich zum Zweck, dieses Recht des betreffenden Postenінhabers zur Geltung zu bringen; dies folgt schon aus der im Begriffe des Rechtes, um dessen Realisation es sich handelt, als eines dinglichen, liegenden Ausschließlichkeit desselben. Ebenso verhält es sich mit dem chirographarischen Gläubiger, welchem das Recht beim Angriff des schuldnerischen Immobile ein richterliches Pfandrecht gewährt. Nach verschiedenen Gesetzgebungen erhält der die Subhastation betreibende chirographarische Gläubiger jedoch kein Pfandrecht, und ist anderen mit einem vollstreckbaren Anspruch versehenen Gläubigern gestattet, der Subhastation beizutreten, und dadurch an dem Ueberschuß des Kaufschillings nach Befriedigung der bevorzugten Gläubiger mit dem Exekutionsführer pro rata ihrer Forderungen zu partizipiren (so nach der preußischen Konkursordnung von 1855, Bayern, Baden — elektiv mit Immission —, Hannover, Prozeßordnung § 595 — 603 —, vergl. hierzu Menger, Arch. f. Civ. Prax. Band 55, S. 462 — 466). Aber auch hier ist Zweck der Versteigerung Befriedigung des Exekutionsführers; die Theilnahme anderer Gläubiger ist dem Verfahren nicht wesentlich, sondern nur ein erst nachträglich und zufällig eintretender Umstand. Die Theilnahme steht ferner nicht (wie nach französischem Recht) allen Kreditoren, sondern nur denjenigen zu, welche einen vollstreckbaren Anspruch besitzen, die das Gesetz deshalb als gleichzeitige Exekutionssucher behandelt; der Kreis der

Digitized by Google

ausgeschlossenen Kreditoren ist nur enger bestimmt. Auch hier also liegt kein Konkurs, sondern eine Exekution, wenn. Auchwegen des möglichen Beitritts anderer Gläubiger eine sogenannte Anschlußexekution vor. Uebrigens ist nicht nur in der Theorie (Menger cit. S. 478), sondern auch praktisch der Vorzug der in den meisten deutschen Ländern und in Oesterreich geltenden Ausschlußexekution anerkannt durch die diese adoptirende preußische Subhastationsordnuug vom 15. März 1869 § 60 und den Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung, wenngleich von diesem zunächst nur bezüglich der Mobiliarexekution, da die Verschiedenheit der zur Zeit geltenden Hypothekgesetze nöthigte, von Bestimmungen über Immobiliarexekution vorläufig abzusehen.

Die regelmäßig mit einer Zwangsversteigerung für das Gericht eintretende Nöthigung, über die Priorität der von verschiedenrn Gläubigern geltend gemachten Rechte und die Vertheilung des Kaufgeldes eine Entscheidung zu treffen, verwandelt die Immobiliarexekution selbstverständlich nicht in einen Konkurs. Eine Mehrheit von Kreditoren ist, wenn z. B. der einzige Posteninhaber die Zwangsversteigerung betreibt, begreiflich nicht nothwendig; dasselbe kann auch bei der Mobiliarexekution eintreten, ohne daß man diese deshalb je zu einem Spezialkonkurs gestempelt hätte. Abgesehen von den mit vollstreckbarem Titel versehenen Gläubigern bei der Anschlußexekution, kann man eigentlich von einer Konkurrenz von Rechten (einer par conditio creditorum) bei der Immobiliarsubhastation gar nicht reden, da jeder Berechtigte eine Befriedigung an anderer Stelle in Anspruch nimmt.

Die Qualität eines Spezialkonkurses ist für das Subhastationsverfahren auch daraus deduzirt, daß dasselbe nicht, wie doch sonst mit allen Exekutionen der Fall, durch den Generalkonkurs gehemmt werde, und ferner die Vertheilung der Kaufgelder nach den für den Konkursprozeß geltenden Regeln erfolge (Trotsche, Mecklenb. Civilproz. Bd. II. §. 172). Mit Unrecht durch den vom Gesetz gestatteten Fortgang des Subhastationsverfahrens ist nur ein Absonderungsrecht von der Konkursmasse anerkannt, wie solches auch sonst im Rechtssystem vorkommt, namentlich für Faustpfandgläubiger (z. B. preuß. Konk.-Ordn. von 1855, Hamb. Neue Falliten Ordn. § 60, Entwurf einer deutschen Civilproz.-Ordn. § 645, das deutsche H. G. B. art. 315, 375, 382, 409 und in allgemeinster Fassung die österreichische Konk.-Ordn. von 1868 §. 12). Und die Vertheilung der Gelder, übereinstimmend mit den für den Konkurs geltenden Regeln, erklärt sich daraus, daß außerhalb des Konkurses wie in demselben die Vertheilung nach den Regeln der Priorität erfolgt; es kommen keine Grundsätze speziell des Konkursrechtes, sondern die Qualität der einzelnen Rechte zur Geltung.

Dagegen ist für den Charakter der auf Betrieb eines einzelnen Gläubigers erfolgenden Zwangsversteigerung als einer bloßen Exekutionsmaßregel

Digitized by Google

von entscheidender Bedeutung, daß ihre Verfolguug von dem Belieben des betreibenden (und den anschließenden) Gläubigern abhängig ist, und mit deren Befriedigung durch den Schuldner wegfällt. — Die Gesetze behandeln die Zwangsversteigerung denn auch regelmäßig nicht als einen Theil des Konkursverfahrens, sondern als einen Abschnitt des Civilprozesses in den diesen betreffenden oder in besonderen Verordnungen.

Es ist auch die Meinung aufgestellt (Meibom, mecklenburg. Hypothekenrecht pag. 205 Note 11), es sei kein Widerspruch, die Subhastation für einen Abschnitt des Exekutionsverfahrens und zugleich für ein Konkursverfahren zu erklären; denn jedes Konkursverfahren sei ein Exekutionsverfahren. Daraus folgt nun gewiß nicht, daß die Subhastation ein modifizirter Konkurs sei, und gerade diejenigen Bestimmungen auf dieselbe Anwendung finden dürften, welche die das Konkursverfahren von dem normalen Exekutionsverfahren unterscheidenden Modifikationen enthalten. Aber wie oben angeführt, bilden Exekution und Konkurs in wesentlichen Punkten einen entschiedenen Gegensatz. Was als Modifikationen der Exekution bezeichnet wird, ist so wesentlich, daß etwas spezifisch Anderes daraus wird.

Handelt es sich sonach bei der außerhalb des Konkurses Statt findenden Zwangsversteigerung um eine Exekution zum Zweck der Realisation des Anspruches des betreibenden Gläubigers, so müssen auch die Grenzen des zu sichernden Rechtes eingehalten, und die besseren, gleichmäßig auf Rechtsschutz berechtigten, Rechte Dritter intakt gelassen werden. Das übliche Subhastationsverfahren aber, sofern es über den Zweck des betreffenden Gläubigers und über eine dessen alleinigen Vortheil bezweckende Maßregel hinausgehend einen fingirten Konkurs etablirt, ist in keiner Weise zu rechtfertigen.

Es liegt auf der Hand, daß die Rechtswidrigkeit nicht, wie wohl geäußert worden, durch die Anwendung von Schätzungen, die übrigens auch bei dem Deckungssystem vorkommen können (z. B. in Nassau), aufgehoben und nicht einmal praktisch unschädlich gemacht wird; wie denn die Schätzungen auch gar nicht diese Bestimmung haben, sondern den Schutz gegen Verschleuderungen und das Interesse vorzugsweise des Schuldners bezwecken. Ebenso verhält es sich mit dem in der Befugniß des vorstehenden Hypothekars, mitzubieten, gefundenen Gegengewicht (Dernburg Pfandrecht II. S. 261) und mit der Zuziehung der inscribirten Gläubiger zu Entwerfung der Verkaufsbedingungen einen Rath zu ertheilen, der nicht beachtet zu werden braucht.

Nur bei Nichtgestattung eines Verkaufes mit Verletzung der vorgehenden Hypotheken werden auch Widersprüche und Inconsequenzen der Gesetzgebung vermieden und die nothwendige Zusammenstimmung derselben hergestellt.

Bei einem geordneten, namentlich den Grundsatz der Spezialität durchführenden, Hypothekenwesen wird bei der freiwilligen Subhastation Niemand

Digitized by Google

den Eigenthümer für befugt erachten, durch einen Verkauf zu einem nicht die volle Beschwerung des Grundstückes deckenden Preise die Löschung darauf haftender Pfandrechte zu bewirken. Die Gesetze sagen bisweilen ausdrücklich, daß bei einer freiwilligen Subhastation den auf das Gut versicherten Gläubigern ihr Pfandrecht ohne Rücksicht auf den Verkaufspreis vorbehalten bleibe (z. B. österreichisches Gesetz betr. das Verfahren außer Streitsachen von 1854 § 277. Ebenso die preußische Subhastations-Ordnung von 1869 § 113 bezüglich des Antragstellers einer Subhastation zur Auseinandersetzung von einem Miteigenthümer). Es ist aber gewiß eine Inconsequenz und ein Widerspruch gegen die sonst doch nicht bezweifelte Regel, daß Niemand mehr Recht übertragen kann, als er selbst hat, wenn man eine solche Befugniß demjenigen einräumen will, welchem der Eigenthümer nach der bisherigen Beschwerung einen Posten eintragen läßt. Manche Gesetze z. B. preuß. Gesetz von 1872 § 48 versagen dem Hypothekgläubiger sogar ausdrücklich die Möglichkeit, durch einen die Ausschließung weiterer Beschwerung stipulirenden Vertrag mit dem Eigenthümer einen freilich immer nur unzulänglichen Schutz hiergegen zu suchen!

Angehend den Zwangsverkauf abgepfändeter Mobilien ist für das gemeine Recht unbestritten, daß solcher nur einzuleiten ist, wenn ein die Forderung des besseren Pfandgläubigers übersteigender Erlös zu erwarten steht, und nur wenn solcher erzielt, wird der Zuschlag erfolgen dürfen (Wetzell Civilprozeß § 50, Liebe in Weiskes Rechtslex. Bd. IV. S. 119). Dies ist auch in neueren Gesetzen anerkannt, und im § 644 des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für Deutschland bestimmt, daß die Pfändung zu unterbleiben habe, wenn sich von der Verwerthung der zu pfändenden Gegenstände ein Ueberschuß über die Kosten der Zwangsversteigerung nicht erwarten lasse. Dies ist der Fall nicht nur, wenn die betreffenden Gegenstände an sich keinen die Kosten übersteigenden Werth haben, sondern auch dann, wenn durch auf denselben ruhenden Vorzugsrechte der Werth für den Exekutionsführer gemindert ist. Die Consequenz fordert, dasselbe gelten zu lassen bei der Immobiliarexekution und bei der Subhastation eines Grundstücks auf Betrieb eines inscribirten Gläubigers, wenn nicht nur zu erwarten ist, sondern der Versteigerungsversuch sogar sicher ausweist, daß ein Ueberschuß über die Kosten und die vorgehenden Hypotheken nicht zu erzielen ist.

Bei der deutsch-rechtlichen Satzung übertrug der Verpfänder die Gewere des Pfandes auf den Pfandnehmer bei Mobilien durch Uebergabe, bei Immobilien durch Auflassung vor dem Rath oder Gericht (Meibom, deutsches Pfandrecht S. 317, 354, 356). Die sodann recipirte römische Hypothek blieb eine besondere daneben bestehende, schwächer wirkende Rechtsinstitution, welche sowohl bei der Mobiliar-, wie bei der Immobiliarverpfändung in der neueren Rechtsentwickelung mehr und mehr zurückgedrängt wird. Durch

Digitized by Google

Abstandnahme von der früheren solennen Form ist aus der Auflassung in einfacherer Form die heutige Intabulation, Ingrossation oder Eintragung hervorgegangen ohne Veränderung des rechtlichen Charakters. Die Ingrossation bildet das Analogon bezüglich Immobilien, zur Faustpfandübergabe bezüglich Mobilien. Der Faustpfandgläubiger kann, wie auch der Entwurf der Civilprozeß-Ordnung für Deutschland § 646 anerkennt, durch eine Pfändung und Versteigerung auf Betreibung eines Dritten in seinem Recht nicht beeinträchtigt werden. Es ist irrationell und inconsequent, gegenüber dem Inhaber einer intabulirten Forderung eine andere Behandlung eintreten zu lassen.

Das Bestreben der neuern Gesetzgebung ist darauf gerichtet, die Prinzipien der Publizität und Spezialität durchzuführen, und selbst große Kosten sind nicht gescheut worden, lediglich zu dem für absolut geboten erachteten Zweck, den eingetragenen Belastungen einen größtmöglichen Schutz, eine größtmögliche Sicherheit zu gewähren. Die Gesetzgebung tritt aber mit diesem Zweck und dadurch mit sich in Widerspruch; sie nimmt mit der einen Hand, was sie mit der anderen bietet, wenn zwar der Gläubiger dagegen Sicherheit erhält, daß ihm nicht bessere Gläubiger unbekannter Weise vorgehen, dagegen der Willkür des schlechteren nachstehenden und selbst nicht inscribirten Gläubigers Preis gegeben wird, der ihn durch die Einleitung einer Zwangversteigerung zu ungünstiger Zeit um sein ganzes Recht bringen kann.

Der eilfte deutsche Juristentag hat sich dahin ausgesprochen, daß es nicht angemessen sei, daß durch den Verkauf eines Grundstücks auch die Hypotheken erlöschen, welche aus dem Kaufpreis völlig gedeckt werden. Abgesehen von den entscheidenden Gründen wirthschaftlicher Zweckmäßigkeit, ist für diesen Beschluß in rechtlicher Beziehung die Erwägung maßgebend gewesen, daß die Behandlung des Subhastationsverfahrens als Spezialkonkurs wenigstens nach dem heute bereits bestehenden, und soweit dies nicht der Fall, zu erstrebenden, Hypothekenwesen eine unberechtigte sei, und daß ein Aufgeben dieses Grundsatzes dazu führe, daß die durch den Kaufpreis gedeckten Hypotheken durch die Subhastation nicht afficirt werden dürften. Die Bejahung der hier gestellten Frage ist nur eine weitere Consequenz derselben Erwägungen, der sich der diese adoptirende Juristentag nicht wird verschließen können.

Meines Erachtens führt die Consequenz noch einen Schritt weiter, nämlich dahin, gar kein Gebot zuzulassen, das nicht die dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken vollständig deckt. Erst mit einem solchen Betrage beginnt das Recht des betreibenden Gläubigers, und überdies ist

Digitized by Google

die Zulassung niedriger Gebote, auf welche der Zuschlag doch nicht ertheilt werden darf, eine völlig leere, unnützer Weise Zeit, Mühe und Geldaufwand veranlassende Procedur. Dieser Auffassung sollte der auf dem eilften Juristentage gestellte Antrag Rechnung tragen: der Prosequent (betreibende Gläubiger) darf nur zu einem die Vorhypotheken deckenden Preise das Grundstück zum Aufgebot bringen. Diese einer Anlehnung an die in Hamburg, übrigens auch in Lübeck und Frankfurt a. M., geltenden Aufbietungsmethode entsprungene Fassung vermeidend, formulire ich den Antrag dahin:

> der Juristentag erklärt für angemessen, daß im Zwangsversteigerungsverfahren (außerhalb des Konkurses) kein Gebot zugelassen werden darf, welches nicht den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken deckt.

Materiell ist kein wesentlicher Unterschied vorhanden von dem im genaueren Anschluß an die in der Ueberschrift gestellten Frage eventuell zu stellenden Antrage:

> der Juristentag erklärt für angemessen, daß im Zwangsversteigerungsverfahren (außerhalb des Kankurses) der Zuschlag nicht ertheilt werden darf, wenn das Gebot den Betrag der dem betreibenden Gläubiger vorgehenden Hypotheken nicht deckt.

In beiden Anträgen ist dem die Vorhypotheken „übersteigenden Gebot", der Frage ein dieselben „deckendes Gebot" substituirt, weil nur die Forderung dieses durch die vorgetragenen Gründe gerechtfertigt wird, und dem betreibenden Gläubiger nicht zu verwehren ist, seine ganze Forderung bis auf den kleinsten Theil zu opfern.

Digitized by Google

IX.

Gutachten des Prof. Dr. L. Pfaff in Wien

über die Gesetzgebungsfrage:

„Soll die väterliche Gewalt insbesondere als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit kraft des Gesetzes mit der Großjährigkeit des Hauskindes erlöschen?“

Eingeschlossen in eine viel weiter greifende Frage, deren Lösung durch ein Gutachten von bewährter Hand vorbereitet war, und in Verbindung mit zwei verwandten hochwichtigen Fragen hat die vorstehende Frage bereits den zweiten deutschen Juristentag beschäftigt. (Vergl. dessen Verh. I. S. 126 bis 128. II. S. 142—175, 699—702.) Es war gefragt, ob es wünschenswerth sei, daß schon jetzt (1861) gemeinsame Bestimmungen getroffen werden.

a) über den Zeitpunkt der Großjährigkeit:

b) über die Handlungsfähigkeit der Personen unter väterlicher Gewalt;

c) über die Interceſſionen der Personen weiblichen Geschlechtes.

Erst in der in der vereinigten ersten und zweiten Abtheilung geführten Debatte wurde der Punkt b. auf die Frage der Aufhebung der väterlichen Gewalt durch die eintretende Großjährigkeit beschränkt und in dieser Gestalt in der Abtheilung fast einstimmig, im Plenum einstimmig bejaht; ebenso wurden die beiden anderen Fragen in bejahendem Sinne beantwortet.

Seither haben die Gesetzgebungen vielfach den Beschlüssen ad a. und c. praktische Folge gegeben und damit erhebliche Differenzen der Handlungsfähigkeit behoben (vergl. namentl. die preuß. Gesetze vom 1. und 9. Dezember 1869; weitere Nachweisungen in Verhandl. des IX. Jur. Tag. III. S. 10 f.).

Digitized by Google

Dagegen hat die Gesetzgebung in Beziehung auf die uns hier beschäftigende Frage keinen namhaften Fortschritt aufzuweisen. Während nach französischem und österreichischem Recht und nach den wenigen Gesetzgebungen, die ihnen folgen, die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit des Kindes zugleich aufhört, wofern nicht aus gerechter Ursache die Fortdauer derselben auf Ansuchen des Vaters von dem Gerichte verwilligt und öffentlich bekannt gemacht worden ist, (Oesterr. G.-B. Nr. 172; Code civ. art. 372, 488; Privatr.-G.-B. des Kantons Zürich, Nr. 275 c.; Bertram, das Nassau'sche Privatrecht Nr. 1682; vergl. Entwurf eines bürgl. G.-B. für das Großherzogthum Hessen (1842) I. 3. Art. 44.) — hat die väterliche Gewalt nicht nur in den Ländern des gemeinen Rechtes, sondern auch in Preußen, Bayern, Sachsen u. s. w. grundsätzlich ihre lebenslängliche Dauer behalten. Nicht schon die Großjährigkeit des Kindes macht ihr ein Ende, sondern es ist dazu noch weiter die Errichtung einer eigenen von den Eltern abgesonderten Wirthschaft des Sohnes (Gewerbsbetrieb, Bekleidung eines öffentlichen Amtes) oder die Verehelichung der Tochter unter Zustimmung des Vaters erforderlich (Pr. L.-R. II. 2. § 210 ff. Cod. Max. Bav. I. 5. § 7. Sächs G.-B. S. 1832 f.). Aber schon die vielfache Beschäftigung der Gesetzgebungen mit Fragen des Pflegschaftsrechtes (vergl. den österr. Referentenentwurf über die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit von 1867, den preuß. Entw. einer Vormundschaftsordnung von 1873, die legislativen Arbeiten in Vormundschaftssachen für Elsaß-Lothringen) mußte auch unsere Frage neuerdings auf die Tagesordnung bringen, und die Annahme wird kaum irre gehen, daß die Stimmen der deutschen Juristen mehr und mehr sich dem bereits am zweiten Juristentage gefaßten Beschlusse zuneigen werden.

Ein diesfälliges Symptom scheint mir schon in der Thatsache zu liegen, daß unsere Frage ernstlich und wiederholt überhaupt aufgeworfen wird. In allen jenen Ländern nämlich, in welchen die väterliche Gewalt der Regel nach ipso jure mit dem Tage der erreichten Großjährigkeit erlischt, ist man weit davon entfernt, an diesem Rechtssatze rütteln zu wollen, wie namentlich der cit. Oesterr. Ref. Entw. S. 152—156 beweist. Wohl aber macht sich in jenen Ländern, in welchen das großjährige Hauskind der väterlichen Gewalt unterworfen bleibt, dieses Verhältniß nach verschiedenen Seiten hin unliebsam fühlbar (vergl. Molitor in Verh. des II. deutschen Juristentages II. S. 172: „. . . bei uns in Bayern geht die väterliche Gewalt bis zur Ansässigmachung des Sohnes. Das wollen wir aber beileibe nicht beibehalten . . ."). M. E. liegt schon in dem Aufwerfen der Frage von dieser Seite eine entschieden bejahende Beantwortung derselben.

Die gleiche Antwort gibt auch Art. 21 des „Entwurfes eines für die Deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse"

Digitized by Google

(1864), und ebenso spricht sich F. Zimmermann (Archiv für civ. Praxis, Band 50 (1867) S. 186 für die bejahende Lösung unserer Frage in einer neuen Gesetzgebung aus.

Ich wende mich nun zur Prüfung der Gründe für und wider.

Gegen die Aufstellung gemeinsamer Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit der Personen unter der väterlichen Gewalt war geltend gemacht, man würde, indem man die Handlungsfähigkeit des einen Contrahenten im Interesse des andern zu regeln beabsichtige, damit zugleich eine andere Seite, nämlich die väterliche Gewalt selbst treffen, und so zu unvorhergesehener Untergrabung anderer, vorläufig gar nicht zu übersehender Rechtsätze gelangen. Gewiß aber steht dieses Bedenken der Bejahung der gegenwärtig vorliegenden, viel enger begrenzten Frage nicht entgegen. An dem Muster des österreichischen Rechtes, welches den Typus des nach unserer Meinung herzustellenden Rechtszustandes am reinsten und vollständigsten enthält, läßt sich an der Hand einer Erfahrung von vielen Decennien vollkommen deutlich übersehen, zu welchen Ergebnissen der aufzustellende Rechtssatz führt. Ja, man wird mit Rücksicht auf Verh. des II. Jur.-Tag. II. S. 169 unbedenklich behaupten dürfen, daß das Gutachten ad b., wenn die Frage schon damals die jetzt vorliegende gewesen wäre, keineswegs verneinend ausgefallen wäre. Die Aenderung des Rechtszustandes, die sich durch Einführung des beantragten Rechtssatzes vollziehen würde, wäre eine doppelte. Dem Dritten gegenüber erscheint das großjährig gewordene Hauskind, wofern die väterliche Gewalt über dasselbe nicht durch besonderen gerichtlichen Akt verlängert wurde, als völlig selbständig; diese Aenderung ist da, wo nach dem bisherigen Recht das großjährige Hauskind die Fähigkeit zu selbständiger Verpflichtung und freier Verfügung über gewisse Vermögensstücke nicht hatte, allerdings eine tiefgreifende. Ihre Tragweite ist jedoch leicht zu übersehen; der großjährig Gewordene nimmt eben kraft seiner Großjährigkeit die nämliche rechtliche Stellung ein, als wäre er durch Gründung eines eigenen Haushaltes aus der Gewalt getreten —, und damit befinden wir uns auf einem überall bekannten Gebiete. Ebenso erlangt das großjährig gewordene Kind auch dem Vater gegenüber eine vollkommen selbständige Stellung; damit wird Kraft Gesetzes zwischen Vater und Kind jenes Rechtsverhältniß hergestellt, als hätte das Kind nach erreichter Großjährigkeit, ohne daß der Vater begründeten Widerspruch dagegen einzulegen vermochte, einen eigenen Hausstand wirklich begründet —, womit wir uns wieder auf einem allbekannten Gebiete bewegen. Dennoch ist diese Veränderung des Verhältnisses zum Vater eine weniger tiefgehende, als die vorige; denn so gewiß das Kind, da nun das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Vaters, soweit es an dessen Vermögen bestand, ein Ende genommen hat, Ausfolgung seines Vermögens beanspruchen kann, so

Digitized by Google

gewiß ist das Kind nicht gehindert, das bis zu seiner Großjährigkeit dem Vater gegenüber bestandene Verhältniß auch fernerhin fortbestehen zu lassen. Unser Rechtssatz würde nur die Folge haben, daß Das, was nach dem jetzigen Recht das großjährige Kind dem Vater — vielleicht erst nach Durchkämpfung eines schweren Conflictes — *abdringen* kann, jedenfalls aber abdringen *kann*, (denn den großjährigen Sohn kann der Vater an der Errichtung einer eigenen Wirthschaft in der Regel nicht hindern), unmerklich und von selbst einträte. Das rechtliche Band, welches nach dem jetzigen Recht das Kind in oft unsanfter Weise zerschneiden muß, würde sich von selbst lösen; an dem faktischen Gehalte des Verhältnisses zwischen Vater und Kind aber, so lange dieses in des Vaters Haus und Brod bleibt, in der Regel keine Verminderung eintreten.

Nahe genug liegt auch die Parallele zwischen dem großjährig werdenden Bevormundeten und dem großjährig werdenden Hauskinde, nicht nur, um an dem Rechtszustand des Ersteren die Bedeutung des einzuführenden Rechtsatzes zu messen, sondern auch als Argument für dessen Einführung. Schon Bornemann erkannte die Bedeutung der Parallele, ohne sie jedoch für Deutschland zutreffend zu erachten. Er sagt (System. Darstellung des preuß. Civilrechts. Erste Auflage, 1837, V. S. 337): „Auf den ersten Blick scheint es freilich die Consequenz zu fordern, daß mit der Großjährigkeit die Befreiung von der väterlichen Gewalt, wie von der Vormundschaft, eintrete. Das Verhältniß des Mündels zu dem Vormund ist indessen ein anderes, als das des Kindes zu dem Vater. Solange der Sohn in dem väterlichen Hause bleibt, oder in Ansehung seiner Bedürfnisse von dem Vater ganz abhängig ist, *kann es auf das wechselseitige Verhältniß nur nachtheilig einwirken und steht mit der Natur desselben in Widerspruch*, wenn der Sohn dem Vater ganz selbständig gegenüber gestellt wird. Man muß es daher dem Sohn überlassen, sich durch Ergreifung eines Gewerbes u. dergl. zu einem selbständigen Menschen herauszuarbeiten; bis dieses aber geschehen ist, fehlen eben die Bedingungen einer freien Stellung." In gleichem Sinne machen Stahl und Trendelenburg ein anderes Bedenken rege. Der Erstere sagt (Rechtsphilosophie, dritte Aufl., II., S. 487): „Mit der Selbständigkeit des Kindes als ihrem Hauptzwecke muß die väterliche Gewalt aufhören. Dazu wird aber *die volle Selbständigkeit* erfordert, nämlich sowohl die innere, geistige, d. i. die Altersreife (Volljährigkeit), als die äußerliche, bürgerliche, d. i. die Möglichkeit, sich selbst zu ernähren (der eigene Hausstand)." Und ganz ähnlich Trendelenburg (Naturrecht auf dem Grunde der Ethik § 138): „Durch den inneren Zweck, welcher sich in der väterlichen Pflicht des Schutzes und der Erziehung ausspricht, ist das Recht der väterlichen Gewalt bedingt und begrenzt. Wenn die Kinder ihre Selbständigkeit erreichen, sodaß Schutz und Erziehung ferner weder nöthig noch möglich sind,

Digitized by Google

wie sich dies äußerlich in der Gründung eines eigenen Hausstandes, oder bei Söhnen in der Uebernahme eines Amtes u. s. w. kund gibt, so löst sich die väterliche Gewalt an diesem Ziel, auf das sie hingerichtet war." Man sieht, das sind sehr verschiedene Gesichtspunkte. Bornemann betont das Verhältniß des Kindes zum Vater; er findet es (soweit unter Zustimmung von Kraut, Vormundschaft II. S. 646 Note 6) unpassend, dem Vater das Kind in voller rechtlicher Selbständigkeit gegenüberzustellen, so lange es faktisch von ihm abhängig ist. Stahl und Trendelenburg dagegen legen alles Gewicht auf das Wesen der rechtlichen Selbständigkeit des Kindes selbst; diese Selbständigkeit meinen sie, sei so lange noch nicht wahrhaft vorhanden, als sie nicht in einem eigenen Hausstand u. dergl. ihre Veräußerlichung und Verkörperung gefunden habe. Darüber aber möchten die genannten Schriftsteller einig sein, daß der Rechtssatz, es dürfe der Vater den großjährigen Sohn an der Errichtung einer eigenen Wirthschaft nicht hindern, keinen andern Sinn hat, als den: Gedankenmäßig wirkt schon die Großjährigkeit Aufhebung der väterlichen Gewalt; sie ersetzt den sonst zur Emancipation erforderlichen Willen des Vaters; nur muß damit die volle geistige Reife mit der Großjährigkeit auch wirklich erlangt werde, durch Begründung einer gewissen wirthschaftlichen Selbständigkeit thatsächlich bewährt sein.

Die wirkliche Herstellung ökonomischer Selbständigkeit als bloßes Criterium der erreichten vollen Reife macht ohne Zweifel in der Theorie einen vortrefflichen Eindruck, und so lange der Begriff einer eigenen Haushaltung ein einfacher war, solange der Praxis die Anwendung des Rechtssatzes: Söhne seien für emancipirt zu erachten, wenn sie „ihre eigene Haushaltung und Handthierung angestellt, eigen Haus, Feuer und Rauch halten" keine Schwierigkeit bereitete, mag er auch ein praktisch vollkommen angemessener gewesen sein. Unter den modernen so unendlich viel verzweigten sozialen und wirthschaftlichen Verhältnissen aber hat jener Begriff seine sichere und leichte praktische Brauchbarkeit verloren. Die Controversen über die Voraussetzungen der emancipatio saxonica nehmen kein Ende (vergl. Seuffert Archiv II. 308, III. 269, 339, V. 30 und viele andere, Windscheid, Pand. II. § 525 Note 20); und mag auch die Gesetzgebung, wie z. B. das preuß. L.-R. gethan hat, einzelne dieser Controversen abschneiden: das Leben sorgt dafür, sie durch neue zu ersetzen. Selbst in Oesterreich, wo begreiflicher Weise die Beendigung der väterlichen Gewalt durch „Führung einer eigenen Haushaltung" (§ 174 B.-G.-B.) keine große Rolle spielt, und wohl ganz entbehrt werden könnte, wenn nicht das Alter der Großjährigkeit ein zu hoch gegriffenes wäre, hat sie in der Praxis zu Schwierigkeiten und Unklarheiten geführt (vergl. Glaser, Unger, Walther, Sammlung Nr. 989, 2937).

Digitized by Google

So legen denn die Schwierigkeiten, mit denen die Anwendung des fraglichen Kriteriums in so vielen Fällen verbunden ist, den Gedanken nahe genug, auf dasselbe zu verzichten, die volle Selbständigkeit schon an die erreichte Großjährigkeit anzuknüpfen, und nur für Ausnahmefälle ein Remedium vorzubehalten. Ich berufe mich hier um so lieber auf Zeiller, als in seinen Ausführungen nicht nur die legislativen Motive des oben allegirten § 172 A. B.-G.-B. gefunden werden dürfen, sondern auch seine Ausgangspunkte offenbar mit denen von Stahl und Trendelenburg zusammenfallen. Er sagt (Natürl. Privatrecht 1802 § 170): „Auch Kinder haben das Recht zur freien Wirksamkeit, sobald oder insoweit sie davon Gebrauch zu machen fähig sind . . . die Macht der Eltern, sowie die Obliegenheit und das Recht der Erziehung erlischt endlich ganz, wenn die Kinder sich selbst fortzubringen und zu leiten im Stande sind. Vor diesem Zeitpunkt haben die Eltern kein Recht, sich ihrer Macht zu entledigen, und nach diesem Zeitpunkt wäre es widerrechtlich, sie gegen den Willen der Kinder fortzusetzen. Die Entlassung aus der Gewalt hängt also weder von dem bloßen Belieben der Eltern, noch der Kinder ab . . . ein zu Recht bestehender Ausspruch läßt sich jedoch auch hier nur von der bürgerlichen (das Alter der Volljährigkeit nach Lokalverhältnissen bestimmenden) Gesetzgebung und in Fällen, die einer Ausnahme von der gesetzlichen Bestimmung zu unterliegen scheinen, von der richterlichen Untersuchung und Entscheidung erwarten." Und noch viel deutlicher im Commentar I. (1811) S. 376 ff.: „Sobald das Kind keiner Erziehung weiter bedarf und sich selbst zu leiten im Stande ist, . . . erlischt . . . auch die einzig zur Erziehung eingeräumte väterliche Gewalt . . . Kinder stehen unter der Gewalt des Vaters, weil und insoweit sie ihres unreifen Alters und Verstandes wegen sich selbst zu regieren und ihre Angelegenheiten zu besorgen nicht vermögen. Hört der Grund auf, so fällt auch das Gegründete, die väterliche Gewalt, weg. Allein die Natur hat die Grenze nicht deutlich genug gezeichnet . . . es muß also eine öffentliche Entscheidung eintreten". Und da, meint Zeiller, sei es richtiger, wenn das Gesetz „aus häufiger Beobachtung dessen, was gewöhnlich in einem bestimmten Staate einzutreffen pflegt", eine Regel abstrahire, und „nur die Ausnahmen der reifen gründlichen Beurtheilung der Gerichte vorbehalte", als wenn es den Gerichten auferlegen wollte, „so viele einzelne Köpfe zu prüfen". Im Uebrigen macht Zeillers Darstellung den Eindruck, als ob nach allen modernen Gesetzgebungen mit der Großjährigkeit das Ende der väterlichen Gewalt eintrete, und der Unterschied nur darin bestände, daß jene Gesetze, welche die Volljährigkeit frühzeitiger eintreten lassen, „den Volljährigen wenigstens bei wichtigeren Handlungen noch durch mehrere Jahre beschränken und unter näherer Aufsicht halten". Letzteres ist allerdings mehr denn ungenau;

Digitized by Google

es ist gedankenmäßig gewiß nicht gleichgiltig, ob das Hauskind mit seiner Großjährigkeit ipso jure selbständig wird, und dem Vater nur das Recht vorbehalten ist, ex justa causa eine Verlängerung seiner Gewalt zu beantragen, oder ob dem großjährigen Hauskinde nur das Recht zusteht, sich durch Begründung eines selbständigen Haushaltes frei zu machen von der väterlichen Gewalt, vorbehaltlich des väterlichen Rechtes, dagegen Widerspruch einzulegen aus Gründen, „welche hinreichen, den Sohn für einen Verschwender erklären zu lassen (A. L.-R. II. 2. § 211). Aber praktisch betrachtet ist der Unterschied, wo Gründe dieser Art im einzelnen Falle wirklich vorliegen, gewiß kein bedeutender; und da die Gründe einer solchen Erstreckung der Unselbständigkeit immer nur in der individuellen Unfähigkeit der betreffenden Person gelegen sein können, so ist auch, um auf den oben berührten Punkt zurückzukommen, nach dieser Seite hin fürwahr kein innerer Grund vorhanden, Elternlose und Hauskinder ungleich zu stellen (Bluntschli, Verh. des II. Juristen-Tages II. S. 173). Nur insofern in einer Gesetzgebung ohnedies die väterliche Gewalt inhaltlich von der Vormundschaft nicht bedeutend verschieden ist, mag es sich rechtfertigen, daß die verlängerte väterliche Gewalt ihren ganzen Inhalt unverändert beibehält und nicht in eine Vormundschaft (Curatel) ausschlägt, obgleich es auch diesfalls, (z. B. im österreich. Recht mit Rücksicht auf die beschränkte Testirfähigkeit des erklärten Verschwenders) an kleineren Inconvenienzen nicht fehlt.

Mehrseitig wurde ferner zu Gunsten des Selbständigwerdens der Hauskinder durch den Eintritt der Großjährigkeit geltend gemacht, daß durch Einführung dieses Rechtssatzes nur das alte deutsche Recht wieder hergestellt werden würde. (So namentlich Heimsöth, Verh. des II. Jur.-Tag. II. S. 170: „Die Ausübung der väterlichen Gewalt bis weit in die Großjährigkeit hinein scheint kein innerlich deutsches Recht zu sein;" Bluntschli ebenda S. 172 f.: „. . . es versteht sich nach allen Anschauungen des deutschen Volkes ganz von selbst, daß wenn ein Mensch zur vollen Reife seiner Geistes- und Körperkräfte gelangt ist, er ein freier Mensch sei, daß er auch in allen Handelsbeziehungen und allen Verträgen als solcher erscheine;" vergl. noch Kraut II. S. 591—602, 650—653. Gengler, Lehrb. S. 1199 Note 1. Bluntschli deutsches Privatrecht II. Auflage S. 500). Dagegen sind jedoch mit gleicher Bestimmtheit sehr gewichtige Zweifel erhoben worden (vergl. z. B Stobbe, Beiträge S. 1 ff. Zimmermann a. a. O. Hahn, Materielle Uebereinstimmung S. 210. Beseler, System, III. Aufl. I. S. 487 f., Mandry Familiengüterrecht I. S. 46 f.). Ich gestehe gerne, daß mir die Antwort auf die Frage, wie wir einem in unseren heutigen Verhältnissen begründeten Bedürfniß zu genügen haben, völlig unabhängig zu sein scheint von der Beantwortung der eben berührten rein historischen Frage, mag letztere

Digitized by Google

ausfallen wie sie wolle. M. E. kann darüber kein Zweifel bestehen, daß die heutige Familie eine andere ist, als die des römischen und deutschen Alterthums. Die Familie des Alterthums ist ein stärkerer, funktionenreicherer Organismus als die heutige; von ihr, nicht auch von der modernen Familie mag man mit Recht sagen (Walter, Naturrecht und Politik S. 136), daß sie einen wahren Staat im Staate bildete. Der Geschlechterstaat weist ihr Aufgaben zu, die ihr heut völlig fremd sind. So kommt es, daß der hausherrliche Wille um so unbeschränkter erscheint, je weiter wir ins Alterthum zurückgehen, daß der paterfamilias als „Souverän des Hauses", die Familie als eine „Pertinenz des Hausherrn", und der paterfamilias überhaupt als Mittelpunkt des klassischen römischen Rechtssystems erscheint (Roßbach, Untersuchungen über die römische Ehe S. 12. Kuntze Excurse S. 347 ff. 507. Pernice, Labeo S. 93). Auf diesem Wege kam die väterliche Gewalt zu ihrer römischen Intensität. Und wenn auch die erste altrömische Familiengewalt schon im justinianischen Rechte in voller Auflösung begriffen ist, ihr Grundwesen hat sie nie ganz abstreifen können; denn ist auch, worauf es hier in erster Linie ankommt, die lebenslängliche Dauer der römischen patria potestas wesentlich in Besonderheiten des uralten römischen Rechtslebens begründet (in der Organisation des alten Geschlechterstaates, in welchem nur die Familienhäupter selbständige Stellung haben können und der Geringfügigkeit der den einzelnen Familien ursprünglich zugetheilten Landloose, s. Mandry S. 51 ff.), so konservirt doch jede spätere Stufe der Rechtsbildung so Manches, was nur auf der vorausgegangenen Entwickelungsstufe innerlich berechtigt war (vergl. Gerber, System § 6 Note 2; v. Stein in Grünhut's Zeitschrift I. S. 544). Das trifft auch hier zu. Ist auch der alte Grundsatz, wonach keine gewaltunterworfene Person durch eigene Macht aus dem Gewaltverhältniß heraustreten, sondern die Auflösung der Gewalt nur von dem Hausherrn selbst ausgehen kann, gebrochen worden durch die Einführung des Institutes der deutschen Emancipation mittelst Begründung eines eigenen Haushaltes, und wird auch h. z. T. Niemand mehr die lebenslängliche Fortdauer der väterlichen Gewalt als faktisch durchgeführte Regel verlangen oder billigen, — der Rechtssatz, daß die väterliche Gewalt über einen Sohn, der keine separate Oekonomie begründet, auch heut noch eine von vornherein nicht begrenzte Dauer haben kann, mag auch in seiner Person kein besonderer Grund gelegen sein, ihm die Selbständigkeit vorzuenthalten, — dieser Rechtssatz ist schwerlich etwas Anderes, als ein jetzt innerlich nicht mehr berechtigter Rest einer früheren Stufe der Rechtsbildung; ein nicht mehr berechtigter Rest, denn die heutige Familie ist längst nicht mehr jener festgeschlossene Körper, der die Familie des Alterthums war; ihre rechtlichen Aufgaben sind gemindert, und ein guter Theil ihrer Funktionen an größere Verbände und

Digitized by Google

an das Individuum selbst übergegangen. „Alle Entwickelung strebt . . . auf das Individuum hin.“ (Kuntze, Excurse S. 349.) Ganz besonders aber nöthigen die wirthschaftlichen Verhältnisse der Gegenwart das Individuum, sich bei Zeiten eine selbständige Stellung zu verschaffen. Treffend sagt der cit. österr. Referentenentwurf S. 152 (zur Begründung des Vorschlages, das Großjährigkeitsalter auf das vollendete 21. Jahr festzustellen): „Alle Aenderungen, welche sich jetzt auf dem Gebiete des Verkehrs und des politischen Lebens vollziehen, zielen dahin, erhöhtere Anforderungen an die Selbstthätigkeit des Einzelnen zu stellen. Unter diesen Gesichtspunkt fällt auch die frühere Gewährung der civilrechtlichen Selbständigkeit. Dieselbe stellt nicht nur an diejenigen, welche den Minderjährigen zu erziehen haben, die Anforderung auf ihn so einzuwirken, daß er früher die nöthige innere Selbständigkeit erlange: dadurch wird auch der Gedankenrichtung des jungen Menschen der Ernst des Lebens näher gerückt. Wer aber auch zu einer Zeit, in welcher die Vorbildung schon abgeschlossen, und der erste Schritt in der gewählten Lebensbahn gemacht ist, die nöthige geistige Reife nicht besitzt, von dem läßt sich . . . schwerlich erwarten, daß er sie durch Verlängerung seiner unselbständigen Stellung erlangen werde. In keinem Falle wäre es gerechtfertigt, wegen solcher junger Leute, die gewiß nicht die edelsten und besten Kräfte einer Bevölkerung repräsentiren, alle anderen, die der Selbständigkeit fähig sind, länger als es nöthig ist, in ihren Handlungen zu beschränken. Es kömmt hierbei auch nicht blos das Wohl der Einzelnen, die dadurch betroffen werden, sondern das allgemeine Interesse in Betracht.

In der That hat die Veränderung der wirthschaftlichen Verhältnisse die Bedeutung, welche der Großjährigkeit im römischen Rechte zukam, völlig verändert. Das römische Recht läßt ja grundsätzlich die Handlungsfähigkeit schon mit der Pubertät zu einer unbeschränkten werden, und das Alter der minores XXV annis puberes bezeichnet ihm ein Stadium, in welchem das Gesetz den jungen Menschen einstweilen gegen seine die Handlungsfähigkeit gradezu vorausetzende inconsulta facilitas in besonderen Schutz nimmt, bevor es den fertigen Menschen ganz seinem Schicksal überläßt (Gesterding, Ausbeute II., S. 47. f.). Alles das ist anders geworden. Uebestrittenermaßen ist die Restitution aus dem Grunde der Minderjährigkeit dem heutigen Rechte entbehrlich (Savigny, System VII., S. 149. Spaltenstein, Wiedereinsetzung, S. 95 f. Förster, Preuß. Privatrecht I., S. 397. Preuß. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger § 9); ebenso gewiß wird Niemand auch h. z T. die volle Handlungsfähigkeit mit der Pubertät eintreten lassen wollen, wie ja auch sonst mehrere der römischen Altersstufen für unsere Verhältnisse entschieden unpassend fixirt sind (Gesterding, S. 7. 39 f. 44 f.) — aber das Bedürf-

Digitized by Google

niß, einen Zeitpunkt zu fixiren, in welchem ein für allemal die volle Handlungsfähigkeit eintritt, scheint mir ein zu Tage liegendes zu sein. Hier liegt wirklich eine der Geschichte der Pubertätsbestimmung im römischen Rechte parallele Entwickelung vor. Wie der Mündigkeitstermin im alten Rom anfänglich vom Belieben der Familie abhing, Civil- und Strafrecht aber mit Erfolg auf Altersgrenzen drängten, die außerhalb menschlicher Einwirkung lagen (Pernice Labeo S. 208), so möchte das gleiche Bedürfniß bestehen, schon mit der Volljährigkeit und nicht erst mit der Gründung eines eigenen Haushaltes die volle Selbständigkeit eintreten zu lassen. Aber auch nach anderen Seiten ist das römische Recht schon vielfach durchbrochen. Anschließend an die vom castrensischen und quasikastrensischen Erwerb ausgehende freiere Entwickelung der vermögensrechtlichen Stellung der Hauskinder haben die modernen Gesetzgebungen kein Bedenken, Hauskindern eine weitgehende Testirfähigkeit einzuräumen (z. B.. A. L.-R. I. 12. § 16—18, österr. G.-B. § 569, sächs. G.-B. § 2066, Zürcher G.-B. § 2054, hess. Entwurf III. 2. Art. 73, vgl. Fitting castr. pecul. S. 645 f.). Schon der Rechtssatz, daß Hauskinder der Regel nach für sich selbst zu erwerben befähigt sind, daß sie den Vater nur dann vertreten, wenn sie ihm in Wirthschaft und Gewerbe helfen, daß Rechtsgeschäfte zwischen dem Hausvater und Hauskinde nach den allgemeinen Vorschriften zu beurtheilen sind, endlich daß großjährige Hauskinder in ihrer Handlungsfähigkeit nur in Ansehung ihres nicht freien Vermögens beschränkt sind (österr. G.-B. § 149 ff. A. L.-R. II. 2. § 122 ff. 201 f., sächs. G.-B. § 1810 ff. 1827. Zürich G.-B. § 264 ff. Hess. Entw. I. 3 § 32. 41.) bezeichnet eine vollständige Veränderung der Grundlagen des Rechtsverhältnisses zwischen Vater und Kind. Selbst der väterliche Nießbrauch am Kindesvermögen, wo er besteht, möchte kaum der Beendigung der Gewalt durch den Eintritt der Volljährigkeit im Wege stehen. Denn hat das Hauskind das Recht, sich nach erlangter Großjährigkeit von des Vaters Gewalt selbst frei zu machen, und damit auch den Nießbrauch aufhören zu machen, ohne daß der Vater in der Regel mit Erfolg zu widersprechen vermag (sächs. G.-B. § 1832. 1835. A. L.-R. II. 2. § 210 f. 231), so ist dieser Nießbrauch in der That von vornherein von sehr problematischer Festigkeit. Und mit Recht; denn jeder Vater muß auf die Selbstemancipation des Sohnes vorbereitet sein. Wie er in den vorausgegangenen Steigerungen der Handlungsfähigkeit seines Kindes nur die erwünschten Ergebnisse der Erziehung, den rechtlichen Ausdruck der wachsenden geistigen Selbständigkeit des Kindes erblicken könnte, so muß er auch die letzte mögliche Steigerung der Selbständigkeit des Sohnes zu ertragen vermögen, mag dieser auch fortan noch in seinem Hause bleiben — denn es wäre schlimm, und würde dem Vater wenig dienen, wenn seine väterliche Autorität nur eine rechtliche wäre. Vielmehr

Digitized by Google

werden wir sagen dürfen: Der innere Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit des Minderjährigen liegt nach dem Geiste des heutigen Rechtes sowohl in Ansehung des Hauskindes, wie des Bevormundeten in dessen geistiger Unselbständigkeit; väterliche Gewalt und Vormundschaft sind, ihrem Wesen nach gleichartig, beide im Interesse des Minderjährigen da; selbst den Nießbrauch am Kindesvermögen hat der Vater nicht sowohl als ein selbständiges, sondern als ein ihm im Interesse der Kinder selbst zu freiester Verwendung des Ertrages zu ihrem Besten eingeräumtes Recht. Die geistige Unreife der Kinder aber schwindet mit den Jahren, und so wie die volle Reife eingetreten ist, ist kein Grund mehr vorhanden, dem Kinde seine rechtliche Selbständigkeit vorzuenthalten. Daß aber die volle Reife mit der Großjährigkeit eingetreten sei, nimmt das Gesetz beim Bevormundeten ohne weiteres an; warum nicht bei dem Hauskinde, dessen Erziehung in der Regel besser geleitet gewesen sein kann, als die des Waisen? Wäre sie nicht vorhanden, wie könnten die Verträge des großjährigen Hauskindes in Ansehung seines freien Vermögens giltig sein? (A. L.-R. II. 2. § 165.) Und warum sind dann doch auch Fälle anerkannt, in welchen ein Hauskind allerdings lediglich wegen seiner Großjährigkeit von der väterlichen Gewalt frei wird oder bleibt? (A. L.-R. II. 2. 225, namentlich aber 265.) Macht die Volljährigkeit das Hauskind in diesem letzteren Falle reifer, als sonst? Gewiß nicht? Offenbar entscheiden andere Rücksichten (s. oben die Aeußerung Bornemann's), schwerlich aber sind sie ganz zutreffend, ja für Jeden, der väterliche Gewalt und Vormundschaft für innerlich gleichartig erachtet, ohne Gewicht.

Insbesondere aber tritt das Interesse des Verkehrs für die Selbständigkeit großjähriger Hauskinder mit großem Nachdruck ein. Schon Kraut II. S. 647, Note 6, betont es, daß es für den Verkehr sehr hemmend sei, wenn Dritte, die sich mit Jemandem in ein Rechtsgeschäft einlassen wollen, sich außer nach seiner Volljährigkeit auch noch danach erkundigen sollen, ob er nicht mehr unter väterlicher Gewalt stehe. Die Bestimmung des A. L.-R. II. 2, Nr. 225, läßt eine lange Reihe von Geschäften, die ein allem Anschein nach vollkommen selbständiger Mann geschlossen hat, möglicherweise Jahre lang im Schwebezustand, und A. L.-R. II. 2. § 166 erschwert den Verkehr mit einem großjährigen Hauskinde in gradezu unleidlicher Weise. Namentlich aber sei es gestattet, an das völlig unangemessene, wenn auch dem geltenden Rechte entsprechende Ergebniß in jenem drastischen Falle zu erinnern, den Auerbach (Verh. des II. Jur.-Tag II. S. 165 ff.) anführte, einen Fall, der so recht unzweideutig die Mißlichkeit völlig entgegengesetzter Behandlung von Hauskindern und Bevormundeten ad oculos demonstrirt.

Ich möchte übrigens keineswegs nur das Interesse des Verkehrs urgiren; denn diesem könnte schließlich schon dadurch genügt werden, wenn nur der

Digitized by Google

gutgläubige Dritte, der mit dem Hausſohn contrahirt, ſo geſchützt würde, als hätte er mit einem Selbſtändigen contrahirt. Ich glaube, es kömmt auch noch ein ethiſches Moment in Betracht, das mir mehr bedeutet, als die Sicherheit des Dritten beim Contrahiren. Der junge Menſch ſelbſt hat das Bedürfniß, und muß es haben, nicht allzulange in Abhängigkeit zu bleiben. Kernige Sprüchwörter ſagen: „Eigner Heerd Goldes werth“ und „Jeder iſt ſeines Glückes Schmied.“ Gerade die Erlangung der vollen rechtlichen Selbſtändigkeit durch die Großjährigkeit muß einen weiteren mächtigen Antrieb bilden, nach demjenigen zu ringen, was etwa an der factiſchen Selbſtändigkeit noch fehlen ſollte. Das von Stahl und Trendelenburg (oben) vorausgeſetzte Verhältniß kehrt ſich um; was ſie als Vorausſetzung der rechtlichen Selbſtändigkeit denken, wird in Folge der geſteigerten Energie des Individuums Conſequenz der erlangten Selbſtändigkeit. Welches Verhältniß das richtige ſei, kann aber nicht wohl fraglich ſein. So liegt dann in der mit der Volljährigkeit eintretenden vollen Selbſtändigkeit zugleich eine weitere — die letzte pädagogiſche Erweiterung der Handlungsfähigkeit, wie deren die modernen Geſetzgebungen auch ſonſt mehrere kennen (vgl. z. B. öſterr. G.-B. § 151 f. in Verbindung mit § 246 f.).

Allerdings aber führt dieſe Argumentation nicht nur zur vollen Handlungs- und Dispoſitionsfreiheit des großjährig gewordenen Hauskindes auf dem Gebiete des Vermögensrechtes. Sie poſtulirt nothwendig für daſſelbe, wofern nicht eine Verlängerung der väterlichen Gewalt erwirkt wurde (die dann aber allerdings nicht nur wegen Prodigalität zuläſſig ſein müßte), auch die Fähigkeit zur Eingehung einer Ehe, ſelbſt ohne Zuſtimmung der Eltern. Wenn irgendwo, ſo muß es hier wahr ſein, daß Jeder ſeines Glückes Schmied ſelbſt iſt, und ſollte daher außer Frage ſein, daß Großjährige zur Giltigkeit der Ehe der elterlichen Einwilligung nicht bedürfen. Zwar, daß die Pflicht der Pietät gegen die Eltern auch dem großjährigen und gewaltfreien Kinde obliegt, iſt unbeſtreitbar; aber dieſe Pflicht iſt in erſter Linie eine moraliſche; ihre rechtliche Bedeutung liegt vorwiegend im Strafrecht. Darüber, wie ihr in der hier vorliegenden Beziehung rechtlicher Nachdruck gegeben werden ſolle, variiren die Geſetzgebungen ſehr ſtark. Mir ſcheint auch hier das öſterr. Recht (§ 1222. 1231), welches die Eltern in dieſem Falle von der Dotations- bezw. Ausſtattungspflicht, alſo von der Verpflichtung, die mißbilligte Ehe zu unterſtützen, befreit, die rechte Mitte getroffen zu haben zwiſchen der franzöſiſchen Vorſchrift des Ehrerbietigkeitsaktes (C. c. art. 157 ff.), der eine Formalität ohne ernſtliche rechtliche Bedeutung iſt, die unter Umſtänden ein Hohn auf alle Pietät ſein kann, und jener ſtrengen Ahndung, die in gänzlicher oder theilweiſer Enterbung liegen kann, wie ſie das ſächſ. G.-B. und das A. L.-R. geſtatten.

Digitized by Google

Es sei gestattet, noch einmal auf Oesterreich hinzuweisen, in dessen Gesetzgebung die ganze vorliegende Frage in dem hier gebilligten Sinne behandelt ist. Ich bin in der Lage, mitzutheilen, daß in den der Redaction des Gesetzbuches gewidmeten Berathungen unsere Frage als Frage gar nicht aufgeworfen, sondern deren Bejahung als durchaus selbstverständlich angesehen wurde. (Ebenso in den Motiven zum hess. Entwurf.) Die oben mitgetheilten Ausführungen Zeillers machen zur Genüge klar, daß diese Behandlung nicht auf Flüchtigkeit der Redactoren beruht, sondern vollbewußt eingehalten wurde. Ihr nächster Grund lag ohne Zweifel darin, daß man, da man genöthigt war, die Großjährigkeit drei Jahre später eintreten zu lassen, als noch wenige Decennien früher Rechtens war, keinen Augenblick darüber zweifelhaft sein konnte, daß diese spät eintretende Großjährigkeit umsomehr die volle Selbständigkeit bedeuten müsse. (Vgl. den cit. Referentenentwurf S. 150 ff. v. Harrasowsky, Geschichte der Codification des österr. Civilrechts S. 83. 149 f.) Und mit dieser regelmäßigen Beendigung der väterlichen Gewalt durch das Eintreten des Großjährigkeitalters kommt die Praxis des Rechtslebens so gut zurecht, daß sie, weit entfernt, daran etwas ändern zu wollen, vielmehr nur begehrt, es möge das Alter der Großjährigkeit baldmöglichst auf das 21. Jahr herabgesetzt werden (vgl. die Petition des Collegiums der schlesischen Notare in der Wiener „Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit" 1874 Nr. 15).

Ich entscheide mich demnach für die volle Bejahung der an der Spitze stehenden Frage, allerdings vorbehaltlich der dem Vater zu gewährenden Möglichkeit, die Fortdauer der väterlichen Gewalt ex justa causa vor Eintritt der physischen Großjährigkeit zu erwirken; und zwar meine ich — ohne in die Frage der Frauenemancipation hier des Nähern eintreten zu wollen — daß der vorgeschlagene Rechtssatz gleichmäßig für Hauskinder beiderlei Geschlechtes gelten solle, und — über die gestellte Frage hinausgreifend — daß der Großjährigkeitserklärung in Ansehung der Handlungsfähigkeit die nämliche Rechtswirkung zukommen solle, wie der erreichten physischen Großjährigkeit.

Ex. J. M.

Digitized by Google

Verhandlungen

des

Zwölften deutschen Juristentages.

Herausgegeben

von

dem Schriftführer-Amt der ständigen Deputation.

Zweiter Band.

Berlin 1875.
Commissions-Verlag von J. Guttentag.
(D. Collin.)

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

X. Gutachten über die Fragen des Vormundschaftsrechts: Seite.

1. Soll die Obervormundschaft, soweit sie dem Staate obliegt, durch Einzelrichter oder durch Collegialgerichte ausgeübt werden?
2. Soll die Obervormundschaft dem Staate allein vorbehalten werden, oder eine Mitwirkung der Familie oder Gemeinde stattfinden, und im Falle der Bejahung der letzteren Alternative, in welchem Maße (begutachtend oder beschließend)?
3. Soll das Institut eines beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes überhaupt, für alle, oder nur für einzelne Fälle eingeführt werden?
4. Empfiehlt sich die Beibehaltung der Depositat-Verwaltung für Mündelgelder? und welche Grundsätze rechtfertigen sich hinsichtlich der Cautionsbestellung der Vormünder? 171

von Herrn Rechtsanwalt Leonhard in Breslau.

XI. Gutachten über die Frage:

„Empfiehlt sich eine Beschränkung der Antrags-Verbrechen und Vergehen des Deutschen Strafgesetzbuchs?“ 193

von Herrn Obergerichtsrath Thomsen zu Hannover.

XII. Gutachten über die Frage:

Sind die Antragsverbrechen überhaupt legislatorisch zu rechtfertigen? 223

von Herrn Oberappellationsgerichtsrath Dr. John zu Lübeck.

XIII. Gutachten über die Frage:

Soll die väterliche Gewalt, insbesondere als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit, kraft des Gesetzes mit der Großjährigkeit des Hauskindes erlöschen? 268

von Herrn Obertribunalsrath Dr. Struckmann zu Berlin.

XIV. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:

Ist es ausführbar, das eheliche Güterrecht durch ein einheitliches Gesetz in ganz Deutschland zu codificiren? 276

von Herrn Professor Dr. Paul v. Roth in München.

XV. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:

Ist es wünschenswerth und ausführbar, das eheliche Güterrecht für

Digitized by Google

ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu codificiren und auf welcher Grundlage? 285
von Herrn Geh. Justiz- und Appellations-Raths Dr. Alfred Agricola zu Eisenach.
XVI. Gutachten über die Gesetzgebungsfrage:
Soll im Falle der Freisprechung (oder der Nichterhebung der Anklage) für die Untersuchungshaft eine Entschädigung gewährt werden? . . 329
von Herrn Obertribunalrath Dr. Köstlin in Stuttgart.
Nekrolog des Oberappellationsgerichtsraths v. Salpius. 334

Digitized by Google

Gutachten.

Digitized by Google

Digitized by Google

X.

Gutachten des Herrn Rechtsanwalt Leonhard zu Breslau

über die Fragen des Vormundschaftsrechts:

I. Soll die Obervormundschaft, soweit sie dem Staate obliegt, durch Einzelrichter oder durch Collegialgerichte ausgeübt werden?

II. Soll die Obervormundschaft dem Staate allein vorbehalten werden, oder eine Mitwirkung der Familie oder Gemeinde stattfinden, und im Falle der Bejahung der letzteren Alternative, in welchem Maaße (begutachtend oder beschließend)?

III. Soll das Institut eines beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes überhaupt, für alle, oder nur für einzelne Fälle eingeführt werden?

IV. Empfiehlt sich die Beibehaltung der Depositat-Verwaltung für Mündelgelder? und welche Grundsätze rechtfertigen sich hinsichtlich der Cautionsbestellung der Vormünder?

Nach der Fassung der beiden ersten der vorangestellten vier Fragen, über welche ich mich nach der für mich sehr ehrenvollen Aufforderung der ständigen Deputation des deutschen Juristentages gutachtlich äußern soll, ist als bereits feststehend zweierlei vorausgesetzt: erstens, daß die Ober-Vormundschaft (wenigstens theilweise) dem Staate obliegt, und zweitens, daß der Staat seine obervormundschaftlichen Funktionen durch die Gerichte ausübt.

Mit beiden Voraussetzungen erkläre ich mich einverstanden.

Digitized by Google

Der Gedanke, daß Personen, welche für sich selbst zu sorgen nicht im Stande sind, und keinen natürlichen Vertreter haben, unter der besonderen Aufsicht und Fürsorge des Staates stehen, und die Bevormundung somit ein Recht und eine Pflicht des Staates ist, hat sich naturgemäß aus der deutschrechtlichen Anschauung entwickelt, welche bei dem Erwachsen der Familien-Verbindungen zu staatlichen Gemeinwesen an Stelle des Familienschutzes den wirksameren und umfassenderen Königsschutz treten ließ, und es als eine der vornehmsten Pflichten der Könige betrachtete, sich der Schutzbedürftigen in ihrem Gebiete anzunehmen. Die Reichsgesetzgebung hat demnächst in der Bestimmung, daß „ein jeglicher Vormunder, er sei gleich in Testamentsweis verordnet oder durch das Recht oder den Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen," — worin ausgesprochen ist, daß auch der tutor legitimus und der tutor testamentarius zur Ausübung der ihnen durch das Gesetz oder durch Testament deferirten vormundschaftlichen Rechte der Bestätigung durch die Obrigkeit bedürfen, den Grundsatz, daß der vormundschaftliche Schutz ein Ausfluß der Staatsgewalt ist, allgemein sanctionirt. So findet sich denn auch in allen Partikulargesetzgebungen ausnahmslos die Consequenz jenes Grundsatzes, die obervormundschaftliche Aufsicht des Staates anerkannt. Verschieden ist nur das Maaß der Befugnisse, welche man der obervormundschaftlichen Behörde zugewiesen hat. Selbst das französische Recht, welches in der Tendenz, den Einfluß der Familie des Pfleglings auf die Vermundschaftsführung zu erweitern, in dem Institut des Familienrathes ein Organ geschaffen hat, welchem ein Theil der sonst der Behörde zustehenden Aufsichtsrechte übertragen ist, bringt die Mitwirkung der staatlichen Behörde bei der obervormundschaftlichen Aufsicht zur Geltung, indem es einmal den Friedensrichter mit Stimmrecht, und bei Stimmengleichheit mit entscheidender Stimme dem Familienrathe präsidiren läßt, und außerdem für die wichtigsten Beschlüsse des Familienraths die Bestätigung der Collegialgerichte erster Instanz erfordert.

Je complicirter unser Verkehrs- und Rechtsleben sich gestaltet hat, und je größer folgeweise die Leistungen und Obliegenheiten geworden sind, welche das vormundschaftliche Amt im Allgemeinen mit sich bringt, desto weniger kann davon die Rede sein, bei einer Reform des Vormundschaftsrechts von der staatlichen Oberaufsicht vollständig abzusehen, und die Vormundschaft etwa zu einer reinen Familiensache derart zu gestalten, daß die Pfleglinge lediglich auf die Fürsorge ihrer Angehörigen angewiesen wären, und ihnen Seitens des Staats nur der allgemeine Schutz zu statten käme, der in den Gesetzen liegt. Hierüber herrscht wohl kein Streit.

Digitized by Google

Ebenso einig ist man, wenigstens im Princip, darüber, daß die vormundschaftliche Behörde nur eine Aufsichtsbehörde sein darf, daß sie weder berufen, noch geeignet ist, selbst den Pflegling zu vertreten, oder unmittelbar in seinem Namen zu handeln, daß vielmehr es lediglich der Vormund ist, welcher, und zwar nicht als ein Bevollmächtigter der Behörde, den sie beliebig übergehen kann, sondern kraft des ihm gesetzlich übertragenen Vormundschafts-Amtes den Pflegling vertritt und sein Vermögen verwaltet, daß sonach die Funktionen der Obervormundschaft im Wesentlichen sich erstrecken auf: die Einleitung der Vormundschafts, (Bestellung und Verpflichtung der Vormünder), ferner: die Aufhebung der Vormundschaft, soweit sie nicht kraft des Gesetzes aufhört, (Großjährigkeitserklärung, Entlassung ungetreuer Vormünder), endlich auf die Oberaufsicht über die Amtsführung der Vormünder. Zu der letzteren gehört die Abnahme und Controlirung der Rechnungen des Vormundes, das Recht, nöthigenfalls durch Ordnungsstrafen den Vormund zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, sodann die — im Interesse der Sicherheit des Pfleglings von jeher für nothwendig erachtete — Prüfung und Genehmigung gewisser im Gesetze bezeichneter besonders wichtiger Rechtsakte des Vormundes, die entweder erst durch die obervormundschaftliche Genehmigung für den Pflegebefohlenen rechtsverbindlich werden, (z. B. Veräußerung von Grundstücken), oder wenn vom Vormunde ohne Consens der Vormundschaftsbehörde vorgenommen, zwar giltig sind, aber die Regreßpflicht des Vormundes zur Folge haben; — endlich die Anleitung des Vormundes in denjenigen Fällen, in denen derselbe, obwohl zum selbständigen Handeln befugt, den Rath der vormundschaftlichen Behörde anruft. Weiter jedoch ist der Wirkungskreis der Obervormundschaft nicht auszudehnen. Den Vormund unter die beständige Leitung der Behörde stellen, und ihn in allen irgend erheblichen Stücken an deren Anweisung binden, — wie das Preußische Allg. Landrecht thut (§§. 235 — 239, II. 18) — verschiebt das rechtliche Verhältniß und führt zu einem bureaukratischen Regiment, welches, statt den gehofften Nutzen der größeren Sicherheit zu gewähren, auf die Besorgung der Angelegenheiten des Mündels hemmend und darum nachtheilig wirkt, die obervormundschaftliche Behörde mit unfruchtbarer Arbeit belastet, und den Vormund in eine Stellung drängt, die ihm sein Amt verleidet.

Hier ist der Punkt, in dem das Vormundschaftssystem des Preußischen Landrechts selbst nach dem Urtheil Derer, die den hohen Werth dieses seiner Zeit mit bewunderungswürdiger Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit zu Stande gebrachten Werkes rühmend anerkennen, in Anbetracht namentlich der seitdem gänzlich veränderten staatlichen und wirthschaftlichen Verhältnisse — der Reform wirklich und dringend bedürftig ist, und wenn es sich jetzt

Digitized by Google

um die Herstellung eines neuen Vormundschaftsrecht handelt, so kann es nicht fraglich sein, daß — wohin auch nahezu alle Reformvorschläge abzielen, welche auf dem Gebiete des Preußischen Vormundschaftsrechts seit einem halben Jahrhundert aufgetaucht sind — jene Maxime der beständigen Leitung des Vormundes durch die vormundschaftliche Behörde, welche diese Behörde als den eigentlichen Vormund erscheinen läßt und den bestellten Vormund als ihr willenloses Organ, wegfallen, — der Vormund die ihm als Vertreter des Mündels naturgemäß zukommende freiere und selbständigere Stellung angewiesen erhalten, und folgeweise der Wirkungskreis der Obervormundschaft im Wesentlichen auf die eben angegebenen Autoritäts- und Aufsichtsrechte eingeschränkt werden muß.

Fragt man nun, welche Behörden die zur Führung der staatlichen Obervormundschaft (in deren solchergestalt gehörig abgegrenztem Gebiete) berufen und am meisten geeignet sind, so muß von vornherein die Erwägung, daß die Obervormundschaft einen Zweig nicht der richterlichen, sondern der oberaufsehenden Gewalt bildet, von den Gerichten ab- und auf andere Behörden leiten, — also auf die staatlichen Verwaltungsbehörden, oder, wie vielseitig vorgeschlagen worden ist, die Gemeindebehörden, denen in diesem Falle der Staat die Ausübung der obervormundschaftlichen Gewalt zu übertragen hätte, oder auf eigens dazu eingerichtete Behörden (Waisenämter), wie sie, meist zusammengesetzt aus Beamten und Laien an mehreren Orten, — freilich nur als Zwischenorgane der Beaufsichtigung zwischen dem Vormunde und der Staatsbehörde — (so z. B. in Baden, in Württemberg, in Hamburg, in einzelnen Cantonen der Schweiz) bestehen. Die Frage, ob die Einschiebung eines solchen an die Gemeinde oder auch an die Familie des Pfleglings sich anlehnenden Zwischengliedes überhaupt empfehlenswerth ist, wird weiter unten bei der Untersuchung, ob und inwieweit der Familie oder Gemeinde eine Mitwirkung bei der Obervormundschaft einzuräumen sei, mit erörtert werden. Hier handelt es sich um die staatliche Oberaufsicht, die unter allen Umständen unentbehrlich ist, und um das geeignetste Organ für die Ausübung derselben. Gegenüber der obigen theoretischen Erwägung fällt bei dieser rein praktischen Organisationsfrage vor Allem in's Gewicht, daß von jeher die Obervormundschaft als ein Annexum der Civilgerichtsbarkeit den Gerichten zugewiesen war. Wenn Kraut („die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts" Bd. I. S. 88) dies als etwas Zufälliges bezeichnet, und es daraus erklärt, daß in den älteren Zeiten die gerichtlichen Behörden überhaupt die ordentliche Obrigkeit bildeten, so wird immerhin von diesem langjährigen Gebrauche, der sich weit über die Zeiten fortgesetzt hat, in denen die verschiedenen Zweige der öffentlichen Gewalt sich sonderten, und namentlich

Digitized by Google

die Verwaltung von der Justiz getrennt wurde, und welcher demzufolge mit der Anschauung des Volkes eng verwachsen ist, nur dann abzugehen sein, wenn dringende Gründe der jetzigen Zeit dies erfordern. Dies ist indessen keineswegs der Fall. Die Klagen, welche — hauptsächlich im Geltungsgebiete des Preußischen Landrechts — gegen die Gerichte als Vormundschaftsbehörden laut geworden sind, und welche außer der Ueberlastung der Richter mit Angelegenheiten, die ihrem Berufe fern liegen, die Peinlichkeit und Umständlichkeit des Verfahrens sowie die Schwerfälligkeit der Vermögensverwaltung betreffen, — diese an sich berechtigten Klagen rühren lediglich von der oben bereits bekämpften Einrichtung her, nach welcher die Behörde den Vormund unter ihrer beständigen Leitung zu halten, ihn mit Anweisungen zu versehen, somit eigentlich selbst die Vormundschaft zu führen und in alle Verhältnisse der Mündel sich einzumischen hat. Diese Art der Thätigkeit ist allerdings mit dem Richteramte am wenigsten verträglich; sie würde aber auch, von einer andern Behörde geübt, die eben beregten Mißstände mit sich führen. Es ist eben eine Thätigkeit, die mit der Stellung einer öffentlichen Behörde sich schlechterdings nicht verträgt und von keiner gehörig prästirt werden kann. Wird aber (wie dies unabweislich, und in dem neuesten Preußischen Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen unter allgemeinem Beifall in Aussicht genommen ist) der Vormund in die ihm gebührende, unabhängigere Stellung eingesetzt und zu dem im Allgemeinen selbständigen Verwalter des vormundschaftlichen Amtes — nicht blos dem Namen nach, sondern in der That — gemacht, demgemäß der Wirkungskreis der obervormundschaftlichen Behörde auf die Ausübung der oben angeführten Aufsichts- und Autoritätsrechte beschränkt, so wird der Grund jener Klagen sich erledigen. Es wird dann der Wust unfruchtbarer Arbeit wegfallen, der jetzt die Behörde überlastet und die vormundschaftliche Verwaltung lähmt. Die Thätigkeit, die der obervormundschaftlichen Behörde verbleibt, wird sich viel einfacher, viel übersichtlicher gestalten; sie wird in dem Gesetze einen festeren Boden finden, als bisher; sie wird, befreit von dem lästigen Formalismus, in welchen sie die nunmehr entbehrlich werdenden zahlreichen Detail-Vorschriften eingezwängt, sich mehr der materiellen Prüfung der Sachen und der Rücksichtnahme auf die individuellen Verhältnisse der Pflegebefohlenen zuwenden können. Unter diesen Voraussetzungen aber kann gegen die Beibehaltung der Gerichte als Organe der staatlichen Obervormundschaft ein begründetes Bedenken nicht erhoben werden. Weder in der Ausbildung der Richter, noch in ihrer Berufsstellung liegt ein Grund der Unzuträglichkeit. Man hat zwar gemeint, daß sie ungeeignet seien, weil sie zu ängstlich am Buchstaben des Gesetzes hafteten, und weil sie mit den bei der Führung der Obervormundschaft

Digitized by Google

vornehmlich in Betracht kommenden Verhältnissen des bürgerlichen Lebens, mit Verwaltung, Oekonomie, Gewerbswesen u. dgl. zu wenig vertraut seien.*)

Während indessen der erste dieser Einwände, an sich von geringer Bedeutung, völlig sein Gewicht verliert, wenn ein beständiges und direktes Eingreifen der Behörde in die Vormundschaftsführung nicht mehr stattfindet, und der Kreis der obervormundschaftlichen Funktionen auf das richtige Maaß zurückgeführt wird, ist der zweite Einwand bereits vom Preußischen Gesetzrevisor (Pensum VII. Motive. Vorerinnerung Seite 22) und ebenso in den Erläuterungen zu dem oben allegirten Preußischen Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen (S. 50) zutreffend widerlegt worden durch den Hinweis auf die unbestrittene Thatsache, daß Privatpersonen ebenso wie Gesellschaften und Corporationen zu Verwaltern ihres Vermögens mit Vorliebe Juristen wählen, und von jeher gewählt haben. Der Besitz von Rechtskenntnissen ist für die Führung der Obervormundschaft jedenfalls von hohem Werth. Warum aber der Richter weniger geeignet sein soll, von den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens, auch solchen, die ihm von vornherein fern liegen, eine richtige Anschauung zu gewinnen, während dies doch auch die Vorbedingung einer gesunden Rechtsprechung ist, läßt sich nicht einsehen; rühmt man doch gerade den Juristen die Fähigkeit nach, sich schnell in andern Fächern zurechtzufinden. Die Einwendungen gegen die Beibehaltung der Gerichte als Vormundschaftsbehörde ergeben sich hiernach als unerheblich, und da von jeher die Vormundschafts-Ordnungen immer auf den Richter als letzte Instanz in Vormundschaftssachen hingewiesen haben**), auch alle bestehenden Gesetzgebungen gerade in diesem Punkte übereinstimmen, es auch unzweifelhaft ist, daß der Richter als Obervormund mit der Anschauung des Volkes eng verwachsen ist und sich des höchsten Vertrauens erfreut, so kann man

---

*) So Mittermaier in dem Archiv für die civilistische Praxis Band XVI. S. 207. — Er erklärt es als ein Haupterforderniß, daß die obervormundschaftliche Verwaltung als eine Gemeindesache betrachtet, und einer eigenen Waisenbehörde, die als ein Ausfluß des Gemeinderaths erscheinen, oder doch aus Personen bestehen soll, die von der Gemeinde gewählt werden, anvertraut wird. Dieser soll indessen die Aufsicht über die Vormundschaften nicht allein überlassen werden, vielmehr soll der aus Gemeindemitgliedern bestehende „Vormundschafts-Ausschuß" ein Hilfsorgan des Vormundschaftsgerichts — mit theilweise beschließender, oder auch nur begutachtender Stimme — sein. Mit diesem Vorschlage, wonach dennoch die Vormundschaftsgerichte (als obere Instanzen, oder sogar als die auf Grund vorgelegter Gutachten allein entscheidenden Behörden) beibehalten werden sollen, will mir das vorangestellte Urtheil über die Ungeeignetheit der Richter zur Entscheidung der in Betracht kommenden Fragen nicht wohl vereinbar erscheinen.

**) Gesetz-Revision Pensum VII. Vorerinnerung Seite 20.

Digitized by Google

ohne Bedenken für die Belassung der Obervormundschaft bei den Gerichten sich entscheiden.

Ich komme nun zur Beantwortung der ersten der oben gestellten Fragen: ob Einzelrichter oder Collegialgerichte? und erkläre mich in Uebereinstimmung mit dem Preußischen Gesetz-Revisor (Pensum VII, Motive, Vorerinnerung S. 22, 23), dem oben erwähnten Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen (§. 1) und den mir bekannt gewordenen Beurtheilern dieses Entwurfes (Kurlbaum, Kritische Bemerkungen zu dem qu. Entwurf, Berlin 1870 S. 4; Behrend, Zeitschrift für deutsche Gesetzgebung 2c. Band IV S. 309 und 319, und Band VI S. 317) unbedenklich für die Einzelrichter (mit geographisch abgegrenzten Bezirken). Das in erster Reihe in Betracht kommende Interesse der Pflegebefohlenen verlangt von der Führung der Obervormundschaft möglichst schnelle Einleitung der Vormundschaften, ein möglichst schnelles und energisches Einschreiten der Behörde im nöthigen Falle (z. B. gegen verdächtige Vormünder), ferner: die möglichste Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse des Pfleglings. Diesem Verlangen wird durch den einem kleineren Bezirke vorgesetzten ständigen Einzelrichter, welcher den Gerichtseingesessenen näher tritt, schneller für sie erreichbar ist, mit ihren Verhältnissen und Gewohnheiten bekannter wird, namentlich auch sich eine für die Auswahl der Vormünder sehr werthvolle Personenkenntniß erwirbt, — gewiß mehr Rechnung getragen, als durch die ferner stehenden Collegialgerichte. Darf man nach den bisher gemachten Erfahrungen mit Grund erwarten, daß der Einzelrichter trotz dieser näheren Beziehung zu den Gerichtseingesessenen sich seine unabhängige Stellung und einen unbefangenen Blick bewahren wird, so weist das Interesse der Pflegebefohlenen entschieden auf die Einzelrichter hin. Daß diese für sich allein — nach den Kenntnissen und der Ausbildung unserer Richter im Allgemeinen — der im Grunde einfachen Thätigkeit, die sich in Folge der oben erwähnten Einschränkung der obervormundschaftlichen Funktionen noch viel einfacher gestalten wird, vollkommen gewachsen sind, und des collegialischen Beiraths hierzu nicht bedürfen, hat die Praxis genügend herausgestellt. Die in Betracht kommenden Rechtsfragen sind der Regel nach so einfacher Art, daß ihre Entscheidung getrost einem einzelnen Richter überlassen werden kann, der überdies nicht gehindert ist, den etwa benöthigten Rath sich auf nicht officiellem Wege zu verschaffen. Soweit es sich aber um Akte der Verwaltung handelt, ist die genauere Kenntniß des Einzelrichters von den konkreten Verhältnissen eine sicherere Garantie für den sachgemäßen Entscheid, als die Berathung und Diskussion im Collegium, die sich naturgemäß meist auf allgemeinere Gesichtspunkte richtet. In der Praxis gestaltet sich ohnehin die Sache nothwendiger Weise so, daß nur

Digitized by Google

der vortragende Decernent (außer ihm vielleicht noch der Vorsitzende) mit der Sachlage genau bekannt ist, die übrigen Mitglieder des Collegii aber ihre Information lediglich aus dem Vortrage des Decernenten schöpfen. Von der Art und namentlich Vollständigkeit dieses Vortrages hängt daher wesentlich der Beschluß ab, so daß der Schwerpunkt immer in der Anschauung des Decernenten beruht. Der Nutzen der collegialischen Berathung ist hiernach großentheils illusorisch, wie denn überhaupt Verwaltungs-Angelegenheiten besser und zweckmäßiger, als durch ein Collegium mit immer nicht gleichmäßiger Information seiner Mitglieder, durch einen einzelnen Beamten besorgt werden, der genau mit den Verhältnissen vertraut ist und in dem Bewußtsein der alleinigen Verantwortlichkeit handelt. Dem Vormunde wird sein mit der selbständigeren Stellung schwieriger und verantwortlicher werdendes Amt erleichtert, wenn er, statt in einem weiteren Gerichtsbezirk einem unnahbaren Collegium, in seiner Amtsführung dem ihm näher stehenden Einzelrichter unterstellt ist, welchen er schneller erreichen, bei dem er in kritischen Fällen sich leicht Rath einholen kann, und es ist zu hoffen, daß durch den so ermöglichten unmittelbaren Verkehr zwischen Vormund und Obervormund bei vollkommener Wahrung der amtlichen Stellung des letzteren das Interesse des ersteren für seine Aufgabe ein lebendigeres und dadurch seine Wirksamkeit eine gedeihlichere sein wird. Als ein Vorzug der Einrichtung, welche den Einzelrichtern die Führung der staatlichen Obervormundschaft überträgt, wird in den Erläuterungen zu dem bereits mehrfach erwähnten neuesten Preußischen Entwurf (S. 51) mit Recht noch hervorgehoben, daß hiermit die heikle Frage der Regreßverbindlichkeit der obervormundschaftlichen Behörde sich von selbst und auf die einfachste Weise erledigt, indem der Einzelrichter als Obervormund für Versehen nur nach Maßgabe der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu haften hat. Geschieht die Führung der Obervormundschaft durch ein Collegium, so sind spezielle Vorschriften über die Haftung der einzelnen Mitglieder nothwendig, und es ist geradezu unmöglich, in diesem Punkte bei gehöriger Rücksichtnahme auf die Interessen der Mündel Härten zu vermeiden, wie sie im Geltungsbereiche des Preußischen Landrechts sich fühlbar gemacht, und auf die Führung der Obervormundschaft so nachtheilig gewirkt haben.*) Nach alledem ist der kostspielige Apparat der vormundschaftlichen Gerichtskollegien entbehrlich, und das staatliche Interesse der Obervormundschaft erscheint nicht nur vollständig gesichert, sondern sogar besser gewahrt, wenn die Führung derselben ständigen Einzelrichtern übertragen wird.

---

*) Vergleiche Villaume: das Preußische Vormundschaftsrecht und seine Reform. Breslau 1846 S. 64 ff.

Digitized by Google

Und zwar müssen diese völlig unabhängig vom Collegium sein, und es sind ihnen alle Geschäfte der Obervormundschaft ohne Ausnahme zu überweisen. Einzelne Geschäfte (wie Majorennitätserklärungen, Genehmigung der Veräußerung von Mündelgütern und dergl.) von ihrer Competenz auszuschließen und den Collegialgerichten vorzubehalten, ist meines Erachtens weder nothwendig noch zweckmäßig. Ein Bedürfniß oder ein besonderer Vortheil collegialischer Berathung ist auch in diesen Fällen nicht anzuerkennen. Die Ausnahmebestimmung würde aber die Stellung des Einzelrichters verdunkeln, und seine Autorität beeinträchtigen, was vor Allem vermieden werden muß.

An die hiermit beantwortete Frage, welches Organ zur Führung der staatlichen Obervormundschaft das geeignetste ist, schließt sich logisch die weitere an, ob dem Staate zur Verwirklichung des obervormundschaftlichen Zweckes in den engeren Kreisen, denen der Pflegebefohlene angehört, — in der Familie oder Gemeinde — Hilfsmittel geboten sind, und wenn dies der Fall, wie sich diese Hülfsmittel am zweckmäßigsten benutzen lassen. Es ist dies der Inhalt der zweiten oben gestellten Frage, die ich in Folgendem zu beantworten versuchen will.

Die vom Staate aufgetragene Vormundschaft will das in der Familien-Verbindung beruhende natürliche Schutzverhältniß, welches zwischen Vater und Kind besteht, ersetzen, und in seiner Wirksamkeit diesem natürlichen Schutzverhältniß möglichst nahe kommen. Dieser Zweck bringt es nothwendig mit sich, daß die Vormundschaft an die Familie des Pfleglings sich anlehnt. Denn das Urtheil darüber, was dem Pflegebefohlenen zuträglich ist, hängt wesentlich von seinen individuellen Verhältnissen ab, über welche Niemand besser unterrichtet sein kann, als die nächsten Angehörigen, unter deren Augen der Pflegling sich zu entwickeln angefangen hat, mit deren Sitten, Gewohnheiten, Anschauungen sein ganzes Wesen zusammenhängt, die seine Fähigkeiten und Anlagen am besten kennen. Die nächsten Angehörigen des Pflegebefohlenen sind daher vorzugsweise befähigt, darüber zu urtheilen, was demselben vortheilhaft und wie dies am besten zu erreichen ist. Sie haben auch vermöge des starken Bandes, das naturgemäß die Familie zusammenhält, das lebhafteste Interresse an der gedeihlichen Entwickelung aller Verhältnisse des Pfleglings, und sind endlich diejenigen, welche, da der eintretende Bevormundungsfall zuerst innerhalb der Familie bekannt zu werden pflegt, für die schnellste Einleitung der Vormundschaft sorgen können. Alles dieß läßt die Mitwirkung der Familie bei der Vormundschaft unerläßlich erscheinen, und, wie im deutschen Recht ursprünglich die Vormundschaft lediglich in dem Schutze der Familie beruhte, so hat sich jederzeit, auch unter der ausgebildeten Staatsvormundschaft — mehr von selbst und auf natürlichem Wege, als unter dem Zwange gesetzlicher Vor-

Digitized by Google

schriften, ein erheblicher Einfluß der Familie des Pfleglings auf die Führung der Vormundschaft geltend gemacht, den namentlich auch das Preußische Landrecht, obwohl es das Princip der Staatsvormundschaft am weitesten ausgedehnt, in einzelnen Bestimmungen, die bald auf den Vorschlag, bald auf das Zeugniß oder das Gutachten und den Rath der nächsten Anverwandten des Pflegebefohlenen hinweisen, als berechtigt anerkennt. Es ist dieser Einfluß etwas so Natürliches, sich von selbst Ergebendes, daß die Gesetzgebung, welche das Institut dem lebendigen Volksbewußtsein entsprechend einrichten will, ihn unmöglich zurückdrängen kann, vielmehr darauf hingewiesen ist, jenen Einfluß zu einer gesetzlich geordneten Mitwirkung der Familie zu gestalten. Weiter allerdings darf das Maaß dieser Mitwirkung nicht ausgedehnt werden, als sich mit dem als erprobt beizubehaltenden Grundsatz verträgt, wonach der Staat es ist, der nach dem Ausscheiden des Familienhauptes den Pflegebefohlenen unter seine besondere Obhut nimmt und das vormundschaftliche Amt aufträgt. Innerhalb dieses Gebietes ist aber auch für die Mitwirkung der Familie vollständig Raum genug, wenn die Gesetzgebung die in erster Linie in Betracht kommenden Anordnungen *des Vaters des Pfleglings*, sowohl was die Person des Vormundes, als auch, was die Führung der Vormundschaft anlangt, namentlich auch rücksichtlich der Befreiung des Vormundes von der obervormundschaftlichen Aufsicht, als unbedingt maßgebend anerkennt, sofern sie nicht mit einer im öffentlichen Interesse gegebenen gesetzlichen Vorschrift in Widerspruch treten; — ferner unter gleichem Vorbehalt *den nächsten Angehörigen* des Pfleglings (Mutter, Großvater) ein Recht auf das vormundschaftliche Amt giebt, endlich den Richter anweist, bei der ihm zustehenden Auswahl des Vormundes auf Familienmitglieder vornehmlich Rücksicht zu nehmen oder doch solche mit ihren Vorschlägen zu hören. Abgesehen von diesen, in den bestehenden Gesetzgebungen durchweg, wenn auch mit verschiedenen Modifikationen anerkannten Rechten kann meines Erachtens nach den vorangestellten allgemeinen Gesichtspunkten die Familie *nur eine begutachtende Mitwirkung* bei der Führung der Vormundschaft und insbesondere bei der Aufsicht über den Vormund beanspruchen, und diese erscheint auch ausreichend, um den Einfluß der Familie, soweit er als berechtigt und ersprießlich einzusehen ist, zur Geltung zu bringen. Die Mitwirkung der Familie in einem *beschließenden* Organ (nach Art des französischen Familienraths) zu verkörpern, ist dagegen nicht zu empfehlen. Mit Recht führen die Erläuterungen zu dem neuesten Preußischen Entwurf, welche diese Frage sehr erschöpfend behandeln, (S. 58) gegen den organisirten Familienrath an, daß durch die Einschiebung eines solchen Zwischengliedes zwischen Vormund und Obervormund die Stellung sowohl des einen als auch des

Digitized by Google

andern alterirt und die für die Verwaltung so sehr erwünschte Einfachheit und Uebersichtlichkeit des Verhältnisses beeinträchtigt werden würde. Der praktische Vortheil der französischen Institution des Familienrathes soll nicht sowohl in den Beschlüssen desselben, sondern vielmehr darin sich zeigen, daß die Meinungen der Familienmitglieder des Pflegebefohlenen gehört werden. Gerade dieser Vortheil wird aber auch erreicht, wenn, wie der erwähnte Entwurf statt der Einführung des Familienrathes will, der Vormundschaftsrichter im Allgemeinen ermächtigt, für gewisse besonders vorgeschriebene Fälle aber, in denen die Ansicht der Familie von vorzüglichem Werthe ist, gesetzlich verpflichtet wird, vor seiner Entscheidung das Gutachten von großjährigen Verwandten oder Verschwägerten des Pflegebefohlenen einzuholen, deren Auswahl seinem Ermessen überlassen bleibt. Durch diese dem Richter überlassene Auswahl wird besser, als durch eine gesetzliche Fixirung des Kreises der Berufenen der Gefahr vorgebeugt, daß verdächtige oder ganz unfähige Familienmitglieder mit ihren schädlichen Einflüssen sich geltend machen. Unbedingt bindend darf das Gutachten der Verwandten für den Vormundschaftsrichter nicht sein, denn damit wäre ihm die Entscheidung genommen. Allein es steht nichts entgegen, den Vormundschaftsrichter gesetzlich zu verpflichten, nach dem eingeholten Gutachten, wenn es mit den Anträgen des Vormundes übereinstimmt, sich zu richten, sofern sich nicht besondere Bedenken ergeben. Durch eine solche Bestimmung, die mir namentlich für diejenigen Fälle, in denen es sich um die Fürsorge für die Person des Pflegebefohlenen handelt (Heirath, Wahl des Lebensberufes), zweckdienlich erscheint, wird der berechtigte Einfluß der Familie noch mehr gesichert.

Als beschließendes Organ, dem die selbständige und unmittelbare Ausübung obervormundschaftlicher Rechte zugewiesen ist, hat der französische Familienrath von jeher auch bei solchen, die es im Allgemeinen für wünschenswerth halten, den Einfluß der Familie auf die Vormundschaftsführung zu erweitern, — erhebliche Bedenken hervorgerufen.*) Das wichtigste dieser Bedenken, daß die Beschlüsse eines Collegiums, dessen Zusammensetzung keine Gewähr für auch nur annähernd gleiche Befähigung und gleiches Interesse der Theilnehmenden bietet (zumal unter Umständen über den Kreis der eigentlichen Verwandten hinausgegriffen werden kann), und welches für seine Handlungen nicht gesetzlich verantwortlich ist, auch nicht füglich verantwortlich erklärt werden kann, wenn der Charakter des Instituts als eines Familienorgans gewahrt bleiben soll, den Pflegebefohlenen nicht die erforderlichen Garantien gewähren, — dieses Bedenken

*) Vergleiche Mittermaier a. a. O. S. 204.

Digitized by Google

ist allein Grund genug, um sich gegen die Einführung des französischen Instituts zu erklären. So haben denn auch, was besonders beachtenswerth ist, neuere Gesetzgebungen, obwohl sie im Großen und Ganzen dem code civil gefolgt sind und auch den Familienrath aufgenommen haben, dieses Institut gerade nach der Seite hin umgestaltet, daß die Wirksamkeit des Familienraths im Wesentlichen eine nur begutachtende geworden, die Ausübung aber der obervormundschaftlichen Funktionen des französischen Familienraths (namentlich die Ernennung, Bestätigung und Entlassung der Vormünder) dem Richter übertragen ist.*) Während hiernach der von dem Preußischen Entwurf eingeschlagene Weg der Einholung von Gutachten (in ausgedehnterem Maaße) als der einfachere und sicherere, zugleich aber auch zur Wahrung des berechtigten Einflusses der Familie durchaus geeignet und ausreichend erscheint, kann ich mich mit der in demselben Entwurf in Aussicht genommenen, sogenannten „Familien-Aufsicht über den Vormund", einer der „Familienbevogtigung" des Civilgesetzbuchs für Zürich (§§. 411 — 419) nachgebildeten Einrichtung nicht befreunden. Darnach soll entweder in Folge Bestimmung des Vaters oder: „wenn besondere Gründe im Interesse der Pflegebefohlenen, namentlich die Verwaltung eines beträchtlicheren Vermögens es nützlich erscheinen lassen", durch Beschluß des Gerichts auf Antrag der Vormünder und nach Einholung eines Gutachtens der Verwandten ein aus drei Mitgliedern gebildeter Familienrath anstatt des Richters die Aufsicht über den Vormund mit allen sonst jenem zustehenden Befugnissen haben. Da diese Einrichtung, trotz der Bestimmung, daß die Mitglieder des Familienrathes durch den Vormundschaftsrichter berufen und verpflichtet werden, mit dem auch im Entwurf angenommenen Grundsatz, wonach dem Staat die Obervormundschaft zusteht und der Familie nur eine begutachtende Mitwirkung einzuräumen ist, in offenbaren Widerspruch tritt, so könnte sie nur durch wichtige Nützlichkeitsgründe gerechtfertigt werden. Als solche sind in den Erläuterungen zum Entwurf angeführt: daß es Fälle gebe, in denen die Beaufsichtigung der Vormundschaftsführung durch den Richter, weil ihm die erforderlichen technischen Kenntnisse fehlten, nicht nur keinen Nutzen gewähre, sondern sogar hemmend und darum schädlich wirke; daß dies insbesondere dann zutreffe, wenn mit der vormundschaftlichen Verwaltung eine große Oekonomie, der Betrieb einer großen Fabrik oder eine Handelssocietät verbunden sei, und daß für solche Fälle die Familienaufsicht statt der obrigkeitlichen sich empfehle. Wäre der Grund richtig, daß für solche

*) So das Civilgesetzbuch für das Waadtland von 1821, das Civilgesetzbuch für Luzern vom December 1831.

Digitized by Google

Fälle dem Richter die zur Beaufsichtigung der Vormundschaftsführung erforderlichen Kenntnisse abgehen, so würde er beweisen, daß der Richter überhaupt für Vormundschaften mit komplicirter Verwaltung — also gerade für wichtige Vormundschaften — als Aufsichts-Organ ungeeignet ist, wie dies ja auch behauptet worden ist. Es ist jedoch schon oben gezeigt worden, daß diese Behauptung die Erfahrung gegen sich hat. Die in einzelnen Fällen erforderlichen technischen Kenntnisse kann der Richter durch das Gutachten Sachverständiger sich verschaffen, — worauf doch auch die Familienrathsmitglieder angewiesen sind, wenn sie wirklich, und nicht bloß dem Namen nach eine Aufsicht über den Vormund führen sollen, da nicht wohl vorausgesetzt werden kann, daß sie in höherem Grade, als der Richter, die nöthigen technischen Kenntnisse besitzen. Es mag zugegeben werden, daß bei sehr verwickelter Verwaltung die obervormundschaftliche Aufsicht, auch wenn sie in den gehörigen Grenzen sich hält, bisweilen hemmend wirken, und daß in Fällen, wie die angeführten, das Bedürfniß vorliegen kann, sie auszuschließen. Hierzu aber ist dem Vater in der Befugniß zur Ernennung eines befreiten Vormundes oder nach Umständen mehrerer befreiter Vormünder ein viel einfacheres und wirksameres Mittel geboten, als durch die „Familien-Aufsicht", bei der es noch sehr dahin steht, ob der dreigliederige Familienrath die freiere Bewegung des Vormundes gestatten wird. Die „Familien-Aufsicht" aber, *ohne eine Anordnung des Vaters*, eingeführt durch Beschluß des Gerichts auf Antrag der Vormünder und nach Befragung der Verwandten erscheint, wenn auch der Familienrath dem Pflegebefohlenen verantwortlich ist, mit Rücksicht auf die beim Wegfall jeder richterlichen Controle leicht möglichen Collisionen der betheiligten Verwandten, als eine sehr bedenkliche Anordnung, und um so bedenklicher, als es sich dabei immer um vermögende Vormundschaften handelt. Das Civilgesetzbuch für Zürich gestattet die Familienbevogtigung auch nur, wenn der vom Vater, oder von den zur Garantieleistung sich anbietenden Verwandten vorgeschlagene Vogt und diese Verwandten „mit Rücksicht auf ihre Rechtschaffenheit, Einsicht und Vermögen *das unzweifelhafte Zutrauen* der Vormundschaftsbehörden verdienen." (§. 411 a. a. O.) Aber auch mit solcher Einschränkung erscheint das Institut nicht annehmbar. *Entweder* Staats-Aufsicht *oder* Familien-Aufsicht. Hat man sich grundsätzlich für jene entschieden, so kann man nicht zugleich gerade für wichtigere vormundschaftliche Verwaltungen eine Ausnahme statuiren, deren Rechtfertigung hauptsächlich in der Verleugnung jenes angenommenen Grundsatzes besteht. —

Nächst der Familie ist es die Gemeinde, der der Pflegebefohlene angehört, welche — als der im Verhältniß zum Staate engere Verband — ein

Digitized by Google

besonderes Interesse hat an der Bevormundung des Pflegebefohlenen, insbesondere an seiner Erziehung und Ausbildung. Freilich ist das Interesse der Familie ein stärkeres, als das der Gemeinde, weil die Zusammengehörigkeit der Familie vermöge des natürlichen Bandes eine innigere ist, als die in der Gemeinde begründete Gemeinschaft. Wo daher die Vormundschaft in der Familie die erwartete Unterstützung findet, wird eine Mitwirkung der Gemeinde sich erübrigen. Soweit dagegen dem Pflegebefohlenen die Familie fehlt, oder doch der Schutz der Familie, der sich, abgesehen von der gesetzlich geordneten Mitwirkung der Verwandten auf natürlichem Wege geltend zu machen pflegt in einer fortgesetzten Mitbeaufsichtigung der Pflegebefohlenen und in einer fortwährenden Mitüberwachung des Vormunds, — da ist es die Gemeinde, welche — sowie sie mit ihren Mitteln für den verarmten Pflegebefohlenen einzutreten verpflichtet ist — sowohl den Anspruch, als auch die Pflicht hat, bei der Gewährung des vormundschaftlichen Schutzes mitzuwirken. Aus diesem Grunde ist insbesondere bei vermögenslosen Vormundschaften und bei solchen über uneheliche Kinder die Mitwirkung der Gemeinde geboten. Denn die etwaigen Angehörigen solcher armer und verlassener Waisen haben in der Regel mit dem eigenen Kampf um's Dasein vollauf zu thun; jeder geht seinen mühevollen Weg für sich, und weiß vom andern wenig oder gar nichts; es fehlt der Familienzusammenhang, und es fehlen folgeweise nahestehende Personen, die ein wachsames Auge auf die Pflege und Erziehung des Mündels haben, die den Vormund hierin unterstützen, und ihn, wenn es nöthig, zur Erfüllung seiner Schuldigkeit anhalten. Der Vormund selbst, meist denselben Kreisen angehörig, wird ebenfalls allzusehr von seinen persönlichen Verhältnissen in Anspruch genommen, um seiner hier doppelt schwierigen Aufgabe gerecht werden zu können. Er pflegt sich auf die nothwendigsten Maßnahmen, wie Unterbringung des Mündels in die Lehre oder in den Dienst, zu beschränken, im Uebrigen die Sache ihren Weg gehen zu lassen, und höchstens handelnd einzugreifen, wenn er von dem Mündel selbst darum angegangen wird oder sonst eine besondere Veranlassung dazu vorliegt. Hier ist das Gebiet, auf welchem die Mildhätigkeit der Gemeinde in Anspruch zu nehmen ist; denn der Vormundschaftsrichter steht zu entfernt, um allein eine wirksame Controle üben zu können. Es muß eine an die Gemeinde sich anlehnende Einrichtung getroffen werden, durch welche solchen Mündeln der fehlende Familienschutz wenigstens annähernd ersetzt wird. Dazu bedarf es keines besonderen Gemeinde-Waisenamts. Was aber gegen die Einschiebung eines selbständigen Familien-Organes zwischen Vormund und Obervormund gesagt ist, spricht auch gegen die Einschiebung eines solchen Gemeinde-Organs mit beschließender Stimme, dessen Einführung überdies großen praktischen

Digitized by Google

Schwierigkeiten begegnen würde, so lange eine gleichmäßige Organisation der ländlichen Gemeinden fehlt. In den Erläuterungen zu dem mehrerwähnten neuesten Preußischen Entwurf ist bei Erwähnung dieser praktischen Schwierigkeiten zutreffend hervorgehoben, daß die Rechtsgebiete, in denen die Vormundschaft vorzugsweise eine Gemeinde-Angelegenheit ist, durchweg kleinere, gleichmäßig entwickelte Bezirke sind. — Es erscheint aber auch hier, wie bei der Familie, eine Mitwirkung begutachtender Art — und zwar sowohl bei der Auswahl der Vormünder, als auch bei der Aufsicht über dieselben — ausreichend und zweckentsprechend. Nur muß hier natürlicher Weise es ein ständiges Organ sein, welches dem Vormundschaftsrichter zur Seite steht, — also ein Ausschuß von Vertrauensmännern, aus der Gemeinde gewählt, welchem für seinen abgegrenzten Bezirk die Aufgabe zufiele, geeignete Vormünder in Vorschlag zu bringen, diese zu controliren und zu unterstützen, dem Vormundschafsrichter auf sein Verlangen Auskunft zu ertheilen und Gutachten abzugeben; — die Pflege und Erziehung der Mündel mit zu überwachen und wahrgenommene Mängel dem Vormundschaftsrichter zur Abhülfe anzuzeigen. Jedem seiner Mitglieder hätte dieser Gemeinde-Ausschuß eine Anzahl von Mündeln seines Bezirks zur besonderen Obhut zu überweisen, in der Art, daß das betreffende Mitglied verpflichtet wäre, von Zeit zu Zeit sich durch persönliche Anschauung von dem Ergehen der ihm überwiesenen Pflegebefohlenen genaue Kenntniß zu verschaffen und etwa vorgefundene Mißstände mit Zuziehung des Vormundes zu beseitigen, oder bei dem Vormundschaftsrichter auf deren Beseitigung anzutragen. Zu bestimmten wiederkehrenden Zeiten hätten sich die Mitglieder dieses Gemeindeausschusses zu versammeln, um sich über die vorzuschlagenden Vormünder zu verständigen, über andere Angelegenheiten, über welche das Vormundschaftsgericht das Gutachten des Gemeinde-Ausschusses erfordert hat, zu berathen, die in ihren speziellen Wirkungskreisen gemachten Erfahrungen gegenseitig auszutauschen und ihre Spezialberichte mit den für nöthig erachteten Vorschlägen zur Beseitigung vorgefundener Mißstände behufs der Uebermittelung an das Vormundschaftsgericht zu übergeben. Verzieht ein Mündel aus einem Bezirk in einen andern, so müßte der für den letzteren bestehende Gemeinde-Ausschuß hiervon unverzüglich unterrichtet und mit den erforderlichen Nachrichten versehen werden. Ich halte eine solche Einrichtung, wie ich sie hier nur ganz allgemein skizzirt habe, für lebensfähig und geeignet, den Vormundschaftsrichter in der Fürsorge für die Person der Pflegebefohlenen mit Erfolg zu unterstützen, —*) glaube aber, daß

*) In dem (theilweise geänderten) Preußischen Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen, welcher in Nr. 94 der „Anlagen zu den Stenographischen Be-

Digitized by Google

das Institut nur dann sich wirksam und nützlich erweisen kann, wenn seine Thätigkeit sich auf diejenigen Vormundschaften beschränkt, für welche nach dem Obigen die Mitwirkung der Gemeinde ein wirkliches Bedürfniß ist. Hierüber wird freilich, da bei der großen Verschiedenheit der einzelnen Fälle sich im Gesetze eine bestimmte Grenze nicht ziehen läßt, das Ermessen des Vormundschaftsrichters entscheiden müssen.

Hiernach fasse ich meine Antwort auf die zweite oben gestellte Frage dahin zusammen:

> Die Ausübung der Obervormundschaft soll dem Staate allein vorbehalten werden, nur eine Mitwirkung *begutachtender Natur* ist der Familie, und subsidiär der Gemeinde, einzuräumen.

Die dritte und vierte der obigen Fragen werden zweckmäßig zusammen behandelt; denn sie stehen insofern in einem Zusammenhange miteinander, als sie beide Mittel betreffen, den Pflegebefohlenen gegen mögliche Benachtheiligungen durch den Vormund zu sichern. Für nothwendig ist eine solche Sicherung von jeher erachtet worden, weil bei allen vernünftigen Kautelen

---

richten über die Verhandlungen des Abgeordnetenhauses während der ersten Session der 12. Legislaturperiode 1873—1874" abgedruckt, findet sich ein ähnliches Institut unter dem Namen „Gemeindewaisenrath". Die bezüglichen Paragraphen stehen unter dem Titel „Obrigkeitliche Aufsicht" und lauten:

§. 54. Dem Vormundschaftsrichter steht für jede Gemeinde oder für einen örtlich abzugrenzenden Gemeindetheil ein Gemeindemitglied als Gemeindewaisenrath zur Seite.

Der Gemeindewaisenrath hat:

1. Mängel oder Pflichtwidrigkeiten, welche er bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung der Pflegebefohlenen wahrnimmt, anzuzeigen, auch auf Erfordern über die Person der Pflegebefohlenen Auskunft zu ertheilen;
2. diejenigen Personen vorzuschlagen, welche im einzelnen Falle zur Berufung als Vormünder oder Gegenvormünder geeignet erscheinen.

§. 55. Der Vormundschaftsrichter hat den Gemeindewaisenrath des Bezirks, in welchem der Pflegebefohlene wohnt, von der einzuleitenden Vormundschaft in Kenntniß zu setzen und ihm den bestellten Vormund namhaft zu machen.

Von einer Verlegung der Wohnung des Pflegebefohlenen in eine andere Gemeinde oder einen andern Bezirk hat der Vormund den Gemeindewaisenrath dieses Bezirks zu benachrichtigen.

§. 56. Das Amt des Gemeindewaisenraths ist ein unentgeltliches.

Der Gemeindewaisenrath besteht aus Männern, welche das allgemeine Vertrauen genießen, durch die Gemeindebehörde berufen. Diese entscheidet über die Erheblichkeit geltend gemachter Ablehnungsgründe.

Nach Ablauf von 5 Jahren kann der Gemeindewaisenrath das Amt niederlegen.

Wird die Entlassung des Gemeindewaisenraths nothwendig, so hat der Vormundschaftsrichter dieselbe bei der Gemeindebehörde herbeizuführen.

Digitized by Google

des Gesetzes und selbst bei der größesten Sorgsamkeit in Auswahl der Vormünder immer die (durch die Erfahrung leider bestätigte) Besorgniß bleibt, daß der Vormund mit dem ihm anvertrauten Mündelgut unredlich oder leichtsinnig verfahren kann. Gegen diese Gefahr muß das Gesetz besonders Vorsorge treffen, und zwar für alle mit Vermögensverwaltung verknüpften Vormundschaften, — ausgenommen die, in denen der Vater des Pflegebefohlenen selbst den Vormund ernannt, und ihn entweder überhaupt von der obervormundschaftlichen Controle oder doch von der Sicherstellung befreit hat. In diesem Falle ist, — wenigstens insolange, als nicht hinterher Umstände eintreten, die eine besondere Vorsicht bedingen, — grundsätzlich von jeder Sicherungsmaßregel Abstand zu nehmen. Die größeste Sicherheit in der angeführten Beziehung gewährt den Pflegebefohlenen von allen Partikulargesetzgebungen unzweifelhaft das Preußische Landrecht, indem es die ganze vormundschaftliche Verwaltung mit allen Einnahmen und Ausgaben in die Hände der vormundschaftlichen Gerichte legt, und im nothwendigen Zusammenhange hiermit alle Gelder und Werthobjecte der Mündel gerichtlich deponiren, und gerichtlich verwahren und verwalten läßt. Durch diese Depositat-Verwaltung wird dem Vormund die Gelegenheit zur Veruntreuung oder Vergeudung des Mündelguts nahezu unmöglich gemacht. So werthvoll aber auch die genannte Einrichtung in dieser Hinsicht ist, so eignet sie sich doch nicht dazu, in Rechtsgebieten, in denen sie nicht besteht, eingeführt zu werden, und folgeweise auch nicht dazu, in ein allgemeines Vormundschaftsrecht aufgenommen zu werden. Denn sie ist eben die scharf ausgeprägte Konsequenz jener als unrichtig erkannten Maxime, nach welcher die Behörde die Vormundschaft führt und nicht der Vormund, der nur als ein unselbstständiges Organ der Behörde erscheint, und diese Maxime führt andererseits, — namentlich unter den gegenwärtigen, gegen die Zeit der Emanation der Depositat-Ordnung und des Landrechts wesentlich veränderten socialen und wirthschaftlichen Verhältnissen, — so viel Beschwerden und Nachtheile mit sich, daß der Vortheil der Sicherheit dadurch aufgewogen wird. Hält man es für eine berechtigte Tendenz, das Verhältniß dahin klar zu gestalten, daß der Vormund der Verwalter des vormundschaftlichen Amtes und die staatliche Behörde nur zu seiner Aufsicht berufen ist, so kann man unmöglich eine Einrichtung beibehalten, welche darauf berechnet ist, alle Disposition über das Mündelvermögen dem Vormunde zu entziehen. In den Erläuterungen zu dem neuesten Preußischen Entwurf (S. 89) ist dies nach der rechtlichen Seite hin näher dargelegt, und zugleich erwähnt, daß in den gutachtlichen Aeußerungen der Gerichtsbehörden vielfach das Aufgeben der Depositalverwaltung bei Herstellung eines einheitlichen Vormundschaftsrechts befürwortet worden ist.

Digitized by Google

Das ist ein beachtenswerthes Zeugniß, daß auch Praktiker, welche, in die Preußische Depositat-Verwaltung eingewöhnt, den unzweifelhaft erheblichen Nutzen derselben für die Sicherheit der Pflegebefohlenen kennen und schätzen gelernt haben, sie für unvereinbar mit jener Tendenz der selbständigeren Stellung des Vormundes, diese Tendenz für vorzüglicher berechtigt und die Depositalverwaltung keineswegs für unentbehrlich halten. Der Entwurf unterscheidet zwischen „Depositat-Verwaltung" und „Depositat-Verwahrung". Jene schließt er als prinzipwidrig aus; diese will er (nach §. 67) ausnahmsweise zulassen, wenn es der Vormundschaftsrichter nützlich findet, oder der Vormund es beantragt. Streng genommen ist die Verwahrung ein Theil der Verwaltung, und mit den principiellen Gründen, die dieser entgegenstehen, würde sich auch jene bekämpfen lassen. Allein es kann — wie die Motive des Entwurfs an anderer Stelle sehr richtig bemerken — bei der Ordnung des Vormundschaftswesens nicht auf die überall consequente Durchführung eines abstrakten Grundsatzes in demselben Maaße wie auf andern Rechtsgebieten ankommen; vielmehr ist hier der Erwägung der Zweckmäßigkeit nach der Natur der Sache ein bedeutender Einfluß einzuräumen. Sind es vornehmlich die Dispositions-Akte der vormundschaftlichen Behörde, wie Empfangnahme der Zahlungen für den Pflegebefohlenen, Einziehung der Aktiva, Anlegung der Gelder, welche die Verwaltungsthätigkeit des Vormundes ausschließen, und das anomale Verhältniß zur Folge haben, erscheint dagegen der Vormund als der Verwalter des vormundschaftlichen Amts auch in dem Falle, wenn unter seine speziellen Obliegenheiten gegenüber der Aufsichtsbehörde auch die aufgenommen wird, daß er Werthpapiere und andere Werthgegenstände des Mündels zur gerichtlichen Verwahrung abliefern muß: so läßt sich gegen eine solche Vorschrift ein begründeter Einwand nicht erheben, sofern daraus eine größere Sicherheit für den Pflegebefohlenen erwartet werden kann. Und dies ist meines Erachtens der Fall. Die gerichtliche Verwahrung des Mündelvermögens, die den komplicirten Apparat der Depositat-Verwaltung nicht erfordert, vielmehr (ebenso nach der Annahme des Entwurfs) sich viel einfacher einrichten lassen wird, auch den Vormund nicht sehr beschweren kann, halte ich — in Verbindung mit der vor Allem nöthigen gesetzlichen Begrenzung der zur Anlage von Mündelkapitalien geeigneten Papiere — für ein so bedeutendes Mittel zur Sicherung der Pflegebefohlenen, und zwar nicht bloß deshalb, weil die Aufbewahrung eine sicherere ist, als die in den meisten Fällen durch den Vormund zu bewirkende, sondern hauptsächlich auch darum, weil dem Vormund dadurch die Gelegenheit mindestens sehr erschwert wird, sich des Mündelvermögens auch nur vorübergehend (z. B. durch Lombardirung der Werthpapiere) zu persönlichen Zwecken zu bedienen, daß ich

Digitized by Google

mich für die allgemeine und obligatorische Einführung einer solchen gerichtlichen Verwahrung (auch der baaren Gelder bis zu deren zinsbarer Anlegung) in der Art, daß die Herausgabe erfolgt, wenn Verwaltungsoperationen des Vormundes es erfordern, — erkläre. Ausgenommen von der Pflicht zur gerichtlichen Niederlegung soll — abgesehen von dem vom Vater ernannten und befreiten Vormunde, welchem gegenüber, wie schon oben bemerkt, jede derartige Sicherungsmaßregel sich erübrigt, — nur derjenige Vormund sein, der eine den Pflegebefohlenen vollkommen deckende Caution bestellt. Also entweder Bestellung einer ausreichenden Caution, oder gerichtliche Niederlegung des Substanzvermögens, was allerdings in der Praxis dahin führen muß, daß Letztere in der Regel, und Jenes nur ganz ausnahmsweise geschieht. Die Pflicht des Vormundes zur Cautionsbestellung halte ich an sich für gerechtfertigt, sie erscheint nach der sonstigen Gewohnheit im Rechtsverkehr als eine natürliche Bedingung für die Uebernahme eines mit Vermögensverwaltung verbundenen vormundschaftlichen Amtes, und wie diese Uebernahme mit Recht erzwungen werden kann, so auch meines Erachtens die Erfüllung jener Bedingung. Ich finde auch in dem Verlangen der Caution weder ein verletzendes Mißtrauen, noch eine unbillige Härte gegen den Vormund, da die Uebernahme der Vormundschaft eine allgemeine Bürgerpflicht ist, und jedem auch wieder die Wohlthat des strengeren Gesetzes zu Statten kommt. Ließe es sich daher praktisch durchführen, von allen Vormündern, denen eine Vermögensverwaltung anvertraut ist, ausreichende Cautionen zu erlangen, so würde dies ein vorzügliches Mittel zur Sicherung der Pflegebefohlenen sein. Allein das Verlangen der Caution stößt in der Praxis in den meisten Fällen auf unüberwindliche Schwierigkeiten: sehr häufig ist der an sich geeignete Vormund völlig außer Stande, die Caution aufzubringen; die Anwendung aber von Zwangsmitteln gegen solche, die sich ohne genügenden Grund weigern, zeigt sich mißlich, und wenig wirksam. So ist man mehr und mehr dahin gelangt, die Cautionspflicht der Vormünder einzuschränken. Während die Reichsgesetzgebung Caution von allen Vormündern ohne Ausnahme verlangte, hat die gemeinrechtliche Praxis (allerdings wohl auch in Anbetracht der Sicherheit, die dem Pflegebefohlenen in der ihm gemeinrechtlich zustehenden gesetzlichen Hypothek gewährt ist), sehr häufig, namentlich bei angesessenen Vormündern, von der Cautionsbestellung Abstand genommen. Desgleichen haben die deutschen Partikulargesetzgebungen im Allgemeinen die Cautionspflicht der Vormünder entweder ganz fallen lassen, oder doch dahin eingeschränkt, daß nur, wenn ein besonderer Verdacht gegen den Vormund entsteht, beziehungsweise nur in einzelnen Fällen nach dem Ermessen der Obrigkeit Caution gefordert werden soll. Das französische Recht, welches die Cautionspflicht des Vor-

Digitized by Google

mundes nicht kennt, sichert den Pflegebefohlenen durch eine stillschweigende allgemeine Hypothek, die ohne Eintragung alle Grundstücke des Vormundes trifft. Andere neuere Vormundschaftsordnungen, denen die Sicherheitsbestellung des Vormundes ebenfalls fremd ist, suchen den Pflegebefohlenen durch andere Mittel (gemeinschaftliches Handeln zweier Vormünder oder genauere Controle des Vormundes) zu sichern. Das Preußische Landrecht, obwohl es von der Cautionsbestellung des Vormundes am leichtesten abstrahiren konnte, weil die vormundschaftliche Vermögensverwaltung nicht bei dem Vormunde, sondern bei der Behörde ist, hat dennoch die Bestimmung, daß der Vormund nach Verhältniß desjenigen Theiles des Vermögens und der Einkünfte, die er von Zeit zu Zeit in Händen behält, Caution (durch Bürgen, Pfänder oder hypothekarische Eintragung), bestellen soll, dieser Bestimmung jedoch hinzugefügt, daß (abgesehen von den vom Erblasser ernannten Vormündern, die von der Cautionsbestellung frei sind, so lange nicht besondere Verdachtsgründe gegen sievorliegen) auch andere Vormünder, welche die Caution nicht aufbringen können, ohne Cautionsbestellung angenommen und beibehalten werden sollen, sofern sie nur im Rufe der Redlichkeit und ordentlichen Wirthschaft stehen. Obwohl hiernach die Cautionsbestellung die Regel und die Abstrahirung von derselben die Ausnahme sein soll, hat sich in der Praxis die Sache umgekehrt gestaltet, und man hat bei der großen Schwierigkeit, Cautionen zu erlangen, solche nur in sehr seltenen Fällen und beim Vorhandensein besonderer Verdachtsmomente erfordert. Aus alledem geht zur Genüge hervor, daß die Einführung einer allgemeinen und unbedingten Cautionspflicht der Vormünder eine ganz unpraktische Maßregel sein würde. Andererseits aber kann von dem in der Cautionsbestellung liegenden Sicherungsmittel nicht völlig abgesehen werden, — um so weniger, als der Vormund eine freiere Stellung angewiesen erhalten, und für die Pflegebefohlenen der altpreußischen Provinzen, — die auch durch kein gesetzliches Pfandrecht geschützt sind, die große Sicherheit wegfallen soll, welche ihnen die gerichtliche Deposital-Verwaltung gewährt. Es liegt auch kein Grund vor, von der Cautionsbestellung gänzlich zu abstrahiren, die in einzelnen Fällen einerseits dringend geboten, andererseits leicht realisirbar sein kann, und welche an und für sich ein sehr geeignetes Sicherungsmittel gewährt. Da die Frage, ob und in welchem Maaße Caution zu fordern, wesentlich von den concreten Umständen abhängt, empfiehlt es sich meines Erachtens vollständig, (ohne eine gesetzliche Beschränkung, wie sie §. 62 des Entwurfs enthält) von dem Ermessen der vormundschaftlichen Behörde abhängig zu machen, ob und in welchem Umfange, auch in welcher Art vom Vormunde Sicherheit zu bestellen ist.

Als ein Mittel, den Pflegebefohlenen gegen Benachtheiligungen Seitens

Digitized by Google

des mit der Verwaltung betrauten Vormundes zu sichern, dient endlich auch das Institut des beaufsichtigenden Gegenvormundes (subrogé tuteur des französischen Rechts). Der preußische Entwurf will dasselbe als ein passendes Gegengewicht gegen die freiere Stellung des Vormundes und zwar nur für vermögendere Vormundschaften (§. 42 des Entwurfs) einführen. Der Gegenvormund ist zur Beaufsichtigung des verwaltenden Vormundes berufen; er soll zu diesem Zwecke das Recht haben, jederzeit die Bestände und die Rechnungen nebst Belägen einzusehen; in allen Fällen, in denen die Genehmigung des Vormundschaftsrichters zur Gültigkeit des Geschäfts erforderlich ist, soll dieser auch den Gegenvormund hören, in anderen, im Gesetz bestimmten Fällen sollen Vormund und Gegenvormund gemeinschaftlich handeln (z. B. bei Veräußerung von Werthpapieren und anderen werthvollen Sachen); Kapitalzahlungen für den Pflegebefohlenen sollen den Schuldner nur befreien, wenn sie an den Vormund und Gegenvormund gemeinschaftlich geleistet sind, und von beiden die Quittung ausgestellt ist. Das sind die wesentlichsten Bestimmungen des Entwurfs. Das damit charakterisirte Institut hat nach meiner Meinung gewichtige Bedenken gegen sich, während der davon gehoffte Vortheil sehr problematisch erscheint. Voraussetzung der Nützlichkeit ist, daß der Gegenvormund ein sehr tüchtiger und zuverlässiger Mann ist, der in vollem Maaße seine Schuldigkeit thut; nur unter dieser Voraussetzung bietet die in seine Hände gelegte Controle überhaupt eine Garantie, wenngleich diese unter allen Umständen eine sehr geringe ist, weil dem Gegenvormund auch mit den ihm in dem Entwurf beigelegten spezielleren Befugnissen die nöthigen Mittel zur Ausübung einer wirksamen Controle abgehen. Ist es nun aber schon sehr schwer, gerade für vermögende Vormundschaften qualificirte Vormünder zu finden, so wird es noch viel schwerer sein, neben diesen noch qualifizirte Gegenvormünder zu erlangen, und man wird dadurch genöthigt werden, bei der Auswahl der letzteren weniger schwierig zu sein, dabei aber auf Persönlichkeiten kommen, die jener Voraussetzung des Gesetzes gar nicht oder nur in sehr geringem Maaße entsprechen. Solche Gegenvormünder gewähren nicht blos keinen Nutzen, — sie können sehr schädlich sein, indem sie dem Vormunde nur Schwierigkeiten bereiten und seine Verwaltung lahm legen. Die Mißstände, die sich aus fortdauernden Differenzen zwischen Vormund und Gegenvormund (und solche sind nach der Natur des Verhältnisses zu besorgen) für die Verwaltung ergeben müssen, sowie die viel größere Gefahr für den Pflegebefohlenen, wenn Vormund und Gegenvormund zu seinem Nachtheil gemeinschaftliche Sache machen, sollen nur nebenher erwähnt werden. Die Hauptsache ist, daß die Einsetzung des beaufsichtigenden Gegenvormundes der stärkste Ausdruck des Mißtrauens gegen

Digitized by Google

den verwaltenden Vormund ist, — viel verletzender für diesen, als das Verlangen der Cautionsbestellung und jede Einschränkung Seitens der Obervormundschaft. Es ist die drückendste Zumuthung an den zu einem Vertrauensamt Berufenen, sich einen Privatmann als beständigen Aufpasser gefallen zu lassen, und es kann gar nicht ausbleiben, daß dies Widerwillen gegen das vormundschaftliche Amt gerade bei den besseren Elementen erzeugt, und diese mehr und mehr der Uebernahme einer Vormundschaft sich zu entziehen suchen. Die Stellung des Vormundes wird nicht nur herabgesetzt, sie wird auch rechtlich alterirt, insofern er bei der vorgeschriebenen Mitwirkung des Gegenvormundes für einzelne Rechtshandlungen nicht mehr der alleinige Vertreter des Pflegebefohlenen ist; es kehren sonach mit dem gedachten Institut die Inconvenienzen wieder, welche man durch die Einschränkung der obervormundschaftlichen Befugnisse beseitigen will, — nur in einer schlimmeren, weil gehässigeren Form und ohne den entsprechenden Nutzen. Der Vortheil, der in der Mitwirkung einer zweiten Person bei der vormundschaftlichen Verwaltung unter Umständen liegen kann, wird besser und einfacher erreicht, wenn in geeigneten Fällen zwei oder mehrere Vormünder — entweder mit getrennter Verwaltung oder auch zu gemeinschaftlichem Handeln — bestellt werden. Das Institut des beaufsichtigenden Gegenvormundes ist für diesen Zweck entbehrlich, im Uebrigen aber aus den vorangeführten Gründen durchaus nicht zu empfehlen. Ich antworte demgemäß auf die dritte Frage:

Das Institut des beaufsichtigenden Gegen- (Ehren-) Vormundes soll nicht eingeführt werden —

und auf die vierte Frage:

a. Die Beibehaltung der Deposital-Verwaltung empfiehlt sich nicht, wohl aber die Einführung der gerichtlichen Verwahrung des Mündelvermögens, zu welcher jeder nicht befreite Vormund verpflichtet sein soll, sofern er nicht ausreichende Caution bestellt hat; —

b. Im Uebrigen soll es dem Ermessen der Vormundsschaftsbehörde überlassen werden, ob und in welchem Umfange, auch in welcher Art vom Vormunde Caution zu bestellen ist.

Digitized by Google

XI.

Gutachten des Herrn Obergerichts-Rath Thomsen zu Hannover

über die Frage:

„Empfiehlt sich eine Beschränkung der Antrags-Verbrechen und Vergehen des Deutschen Strafgesetzbuchs?"

Vergleiche:
Geib, Geschichte des Röm. Cr. Pr. S. 254 ff. 515 ff.
Zachariä, Deutsch. Str. Pr. §§. 24—26, 70.
Mittermaier, Deutsch. Str. V. §§. 15, 31, 32, 217, 218.
Gneist, vier Fragen z. D. Str. Pr. O. I.
Fuchs, Anklage und Antragsdelikte.
O. Reber, Antragsdelikte
Archiv des Cr. R. N. Flge V 609, XII 566, XIV 390.
Gerichtssaal XI 183, XVIII 291, XIX 37, XXI 144, XXII 190, XXIII 432,.
Deutsche St. R. Ztg. X 2.
Die zahlreichen Aufsätze in Goltdammer Arch. XIX ff.

I.

Das Institut des Antrags-Rechts hat erst in der neueren und neuesten Gesetzgebung eine hervorragende Bedeutung gewonnen, während es im

Digitized by Google

früheren Römischen wie Deutschen Rechte, wesentlich aus prozessualischen Rücksichten, mehr im Hintergrunde blieb.

Im Römischen Straf-Proceß bildete in allen Stadien das Anklage-System die Grundform des Verfahrens, und zwar hatte es sich zuletzt dahin entwickelt, daß die betr. Handlungen behufs Verhängung einer öffentlichen Strafe verfolgt werden konnten:

1) von Jedermann aus dem Volke (Popular-Anklage, regelmäßig beim delictum publicum),
2) nur von bestimmten betheiligten Personen (Privat-Anklage, regelmäßig beim delictum privatum).

Im ältesten Deutschen Rechte war das System der Buße als einer Privat-Strafe vorherrschend. Dann entwickelte sich mit der wachsenden Erkenntniß der Strafthaten als Verletzungen der öffentlichen Rechtsordnung, als Störungen des öffentlichen Friedens, die auf öffentliche Strafe gerichtete Anklage des Verletzten (Privat-Anklage), und endlich gewann das System der Popular-Anklage den Sieg, welches letztere System auch noch zur Zeit der CCC. bestand.

In beiden Rechtsgebieten kam allerdings sowohl die Verfolgung durch den Richter ex officio, als auch die amtliche Bestellung eines öffentlichen Anklägers vor, jedoch nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen. Neben der öffentlichen Verfolgung bestand sodann noch für einzelne Fälle das ursprüngliche Institut der auf Privat-Strafe (Buße) gerichteten, wiederum theils Jedem aus dem Volke, theils nur dem Betheiligten zustehenden Privat-Klage, nicht zu verwechseln mit der eine öffentliche Strafe verfolgenden Privat-Anklage.

Bei dieser Einrichtung des Straf-Verfahrens wird es ohne Weiteres einleuchten, daß die Frage, ob die Strafverfolgung überhaupt von der Genehmigung oder dem Antrage der Betheiligten abhängig sei, sehr wenig hervortrat, obgleich sie begriffsmäßig sowohl bei der Popular-Anklage, als bei dem ausnahmsweise zulässigen Official-Verfahren vorkommen konnte

Im Römischen Recht enthält aufs Deutlichste einen Fall dieser Art die l. un. C. IX 7, wonach bei Majestätsbeleidigungen „integris omnibus“ an den Kaiser berichtet werden soll, damit dieser entscheide, utrum praetermitti an exquiri debeat (also ganz, wie die „Ermächtigung“ im D. St. G. B.).

Ferner sind mehr oder weniger dahin zu rechnen injuriae, adulterium und crimen partus suppositi, obgleich die betreffenden Stellen

§. 10 J. IV 4.
l. 30 §. 1, D. XLVII, 10I.

Digitized by Google

l. 30 C. IX, 9.
l. 7 C. IX. 35.

durchgängig zunächst nur jene systemgemäßen Gegensätze zwischen Popular- und Privat-Anklage (accusatio publica und privata) oder zwischen Anklage (accusatio) und (Civil-)Klage (actio) behandeln, nicht auch den Gegensatz zwischen Verfolgung ex officio und Verfolgung auf Antrag der Betheiligten.[1])

In der P. G. O. finden wir sodann als (theilweise modificirte) Antragsfälle hervorgehoben:

Ehebruch (Art. 120.)
Entführung (Art. 118.)
Nothzucht (Art. 119.)
Familien-Diebstahl (Art. 165),

und zwar hier unzweifelhaft im Gegensatze nicht blos zu der Popular-Anklage, sondern auch zu dem Official-Verfahren.

Erst mit der steigenden Entwickelung des richterlichen Verfahrens ex officio, des Inquisitions-Processes, und mit dem allmäligen Verschwinden sowohl der Privat- als der Popular-Anklage, konnte die Frage, welche Strafthaten ohne Rücksicht auf den Willen des Betheiligten, und welche nur auf Antrag (nicht auf Anklage) desselben zu verfolgen waren, zum klareren Bewußtsein und zur praktischeren Bedeutung gelangen.

In Verbindung mit dem schließlichen Siege des inquisitorischen Processes trat noch ein zweites Moment für die Bedeutung des Antrags-Instituts mehr und mehr in den Vordergrund, nämlich die allmälige Heranziehung von zahlreichen, sonst nur mit Privatstrafe verfolgbaren Handlungen in das Gebiet des öffentlichen Straf-Rechts.

Als nun in neuerer Zeit an die Stelle des Inquisitions-Processes wiederum der accusatorische gesetzt, aber statt der alten Popular- oder Privat-Anklage die Verfolgung durch einen amtlich bestellten Ankläger eingeführt, also ein früher im Römischen, wie im deutschen Straf-Verfahren zwar schon bekanntes, aber nur ausnahmsweise angewandtes Institut jetzt als durchgreifende Regel statuirt wurde, als man außerdem die amtliche Stellung des öffentlichen Anklägers als ministère public mit bedeutend gesteigerten Rechten ausstattete: da mußte naturgemäß das Gefühl und Gewicht derjenigen Gründe, aus welchen bei einzelnen Strafthaten früher die öffentliche Bestrafung überhaupt ausgeschlossen, oder an die Anklage bezw. den Antrag des Betheiligten geknüpft worden, mit erneuter Stärke

[1]) Nach l. 11 §. 1 D. XLVIII, 19 waren die viliora furta domestica überhaupt nicht criminell verfolgbar.

Digitized by Google

sich geltend machen, und eine gewisse Reaction gegen das „Monopol" der Staats-Anwaltschaft herbeiführen. Diese Reaction trat mit Rücksicht auf die absolute Macht der Staats-Anwaltschaft sowohl über die Erhebung als über die Unterlassung der Anklage wesentlich in zwei Richtungen hervor, einmal in dem Institut der Privat-Anklage des Betheiligten (im modernen Sinne, als Gegensatz zur öffentlichen Anklage des Staats-Anwaltes, andermal in dem Institut des „Antrags" als Vorbedingung der öffentlichen Anklage, der öffentlichen Bestrafung.

II.

Beide Institute wurden in den neuen Strafgesetzbüchern, resp. Strafprozeß-Ordnungen immer mehr entwickelt und ausgedehnt, und zwar hat man sie regelmäßig in die engste Verbindung mit einander gebracht, sie gewissermaßen als correspondirende gleichartige Begriffe, die Privat-Anklage als eine Steigerung, eine besondere Form, eine höhere Potenz des Antrags-Rechts behandelt.

Diese in der Literatur sowohl als in der Gesetzgebung uns entgegentretende Vermischung und Verwechslung der Begriffe hat unzweifelhaft einen sehr großen, ja entscheidenden Einfluß auf die Vermehrung der Antrags-Fälle geübt, indem man theils bewußt, theils unbewußt die zahlreichen und gewichtigen Gründe für die Ausdehnung der Privat-Anklage auch auf das Antragsrecht bezog. In Wahrheit aber sind beide Institute nach Grund, Zweck und Begriff scharf auseinander zu halten. Die Privat-Anklage findet ihre Bedeutung in einer Positive, das Antrags-Recht in einer Negative. Dort hat der Betheiligte die Befugniß, das Gericht als das bestrafende Staats-Organ seinerseits selbst in Thätigkeit zu setzen, (jus faciendi) — hier: die öffentliche Anklage, beziehungsweise die Bestrafung zu hindern (jus prohibendi). Dort wird den Interessen des Betheiligten Schutz gegen ungerechtfertigte Ablehnung der öffentlichen Anklage, hier gegen die Erhebung derselben gewährt, indem sich naturgemäß gegen die negative Seite des „Monopols" (Ablehnung der öffentlichen Anklage) die positive Privat-Anklage richtet, gegen die positive Seite (Erhebung der öffentlichen Anklage) das negative Institut des Antrags.

Das Wesen des Antrags besteht nicht darin, daß dem Verletzten, „bevor der Staats-Anwalt sein Strafamt ausüben kann, das Recht zusteht, die Bestrafung des Thäters durch Stellung des Antrags zu bewirken", sondern in der Befugniß der Betheiligten, die Verfolgung und Bestrafung durch Unterlassung oder eventuell Zurücknahme des Antrags zu verhindern, wie die Motive zum St.-G.-B. an-

Digitized by Google

nähernd richtig sagen, in der „Befugniß des Betheiligten, nach seinem Ermessen die Untersuchnng abzuwenden oder eintreten zu lassen." [2])

Die Stellung des Antrags legt weder dem Staatsanwalte, noch dem Gerichte eine besondere Pflicht auf oder ein besonderes Recht zu, sondern beseitigt lediglich ein Hinderniß der Verfolgung einer an sich strafbaren That. Die Staats-Anwaltschaft kommt nun dem Antragsdelikte gegenüber in dieselbe Lage, in welcher sie dem Officialdelikte gegenüber sich von vornherein befindet, und läßt jetzt erst hier, wie bei jeder anderen Strafthat, die Prüfung eintreten, ob und wie sie einzuschreiten und die richterliche Thätigkeit anzurufen habe, während die Privat-Anklage mit ihrer positiven Funktion ohne Weiteres den Richter zur Aburtheilung der That zwingen soll. Die Privat-Anklage setzt die strafende Justiz selbst in Bewegung, der Antrag zieht nur die Barriere auf, welche das Gesetz dem Gange der Justiz vorgelegt hat.

Beide Institute involviren allerdings ein Dispositionsrecht über die Strafverfolgung, aber dies Dispositionsrecht *wirkt* bei der Privat-Anklage stets *positiv*, äußert sich activ, *wirkt* bei dem Antrags-Rechte stets *negativ*, äußert sich principaliter passiv (Unterlassung), nur eventuell auch activ (Zurücknahme).

Gewissermaßen erklärt beim Antrags-Rechte der auf den Antrag wartende Staat: „ich meinerseits will verfolgen", der Verletzte (durch Unterlassung oder Zurücknahme): „ich will, daß nicht verfolgt wird", — bei der Privat-Anklage der die öffentliche Anklage ablehnende Staat: „ich meinerseits will nicht verfolgen", der Verletzte: „ich will, daß verfolgt wird", und zugleich: „ich will selbst verfolgen". Die Verwirklichung dieses Willens wird dann vermittelt durch das Antrags-Recht, resp. durch die Privat-Anklage.

Die (primäre) Befugniß, zu verhindern, schließt natürlich die (secundäre) Befugniß, zu erlauben, in sich, und insofern hat beim Antrags-Rechte der Betheiligte auch das activ sich äußernde Recht, den Antrag zu stellen, d. h. durch solche Erklärung den Hinderungsrungsgrund zu beseitigen: nimmer jedoch enthält dies secundäre Recht das Wesen des Antrags-Rechts, involvirt vielmehr die Vernichtung desselben, indem dessen negative Function eben mit der Stellung des Antrags aufhört und erst mit der Zurücknahme

---

[2]) Das D. Str. G. Buch selbst gibt überall keine Definition des Antrags-Rechts. Während die Ausdrücke: „Verfolgung tritt nur auf Antrag ein", „ist nur auf Antrag zu verfolgen", „bedarf eines Antrags nicht", „ist nicht zu verfolgen, wenn der Berechtigte es unterläßt, den Antrag binnen 3 Monaten zu stellen" allerdings die negative (beschränkende, hindernde) Function des Antrags-Rechts zu erkennen geben, spricht doch das Gesetz durchgängig von einem Rechte, den Antrag zu stellen, als ob in diesem activen Momente das Wesen des Antrags-Rechts bestände.

Digitized by Google

wiederauflebt. Mit Rücksicht auf diese secundäre, für die Bewegung der staatlichen Thätigkeit allerdings entscheidende, und vermöge ihrer activen Erscheinung äußerlich mehr in die Augen fallende Befugniß, mag auch die, logisch für das Verhinderungs-Recht wenig zutreffende, technische Bezeichnung „Antrags-Recht" sich rechtfertigen lassen, deren Einbürgerung ihre wesentlichste Stütze, wenn nicht ihren Grund in der Vermengung des Antrags-Instituts mit der Privat-Anklage fand. Nur ziehe man keine falschen Folgerungen aus dem Worte! Das Strafantrags-Recht ist in Wirklichkeit ein Strafhinderungs-Recht.

Mit dem Recht des Verletzten auf Verhinderung der Verfolgung correspondirt die Pflicht der Staats-Anwaltschaft zu deren Unterlassung, während dann, wenn man das Wesen des Antrags-Rechts in dem Recht auf Stellung des Antrags findet, sich schwerlich eine logisch correspondirende Pflicht construiren läßt.[3])

Die innere Verschiedenheit beider Institute wird noch deutlicher einleuchten, wenn man[4]) unter den nöthigen Cautelen die alte Popular-Anklage subsidiär neben der öffentlichen wieder einführen sollte. Dann wäre die Allgewalt des öffentlichen Ministeriums gebrochen und jeder Staatsbürger eventuell zur öffentlichen Klage legitimirt, das Institut der Privat-

---

[3]) Ein Antrags-Recht im streng wörtlichen Sinne könnte man finden in dem Rechte des amtlichen Vorgesetzten, bei Amtsehrenbeleidigungen den Strafantrag zu stellen (St. G. B. §. 196). Diese extraordinäre Befugniß soll die öffentliche Anklage nicht hindern, sondern herbeiführen und das dienstliche (staatliche?) Interesse an der Verfolgung gerade im Gegensatze zum Privat-Interesse an der Nichtverfolgung schützen. Sie richtet sich gar nicht wider den Staat oder das Monopol der Staatsanwaltschaft, vielmehr nur gegen die beleidigte Person selbst, um deren Strafhinderungsrecht zu paralisiren, kann daher logisch gar kein Antragsrecht im technischen Sinne sein und nur dessen secundäres, hier practisch genügendes Moment enthalten: das Recht, durch Stellung des Antrages die Strafverfolgung zu erlauben. Die Vernichtung des wirklichen Antrags-Rechts durch Stellung des Antrags ist hier nicht bloß Folge, sondern Zweck, und das Recht des Vorgesetzten ist soweit vom Wesen des Antrags-Rechts entfernt, daß es gerade als Surrogat der ausgeschlossenen Officialverfolgung dient, — ein Beweis mehr dafür, wie wenig das wahre Wesen des Antrags-Rechts in dem Rechte auf Stellung des Antrags besteht. Die Reichstags-Commission, welche die Statuirung des vom Gesetz-Entwurfe ausgeschlossenen Antrags-Rechts bei Amtsehrenbeleidigungen veranlaßte, ging von der Ansicht aus, daß nicht allein dem Vorgesetzten zur Wahrung der Ehre des Amts, sondern und an erster Stelle dem Beamten selbst (also beiden in gleicher Weise) das Recht der Denunciation (sic!) zustehen müsse, eine Ansicht, welche eben nur durch die irrige Auffassung und Verwechselung der richtigen Begriffe erklärlich wird.

[4]) Wie Gneist in seiner angeführten Schrift verlangt.

Digitized by Google

Anklage insofern gar nicht mehr erforderlich; nichtsdestoweniger aber, ja in viel erhöhterem Maaße, würden nun gerade der Popular-Anklage gegenüber die Gründe für das Antrags-Recht sich geltend machen, eben weil sie auf einem ganz anderen Gebiete liegen.

Nur in dem nächsten Anlasse und in dem letzten Erfolge reichen beide Institute sich die Hand, nämlich in der Furcht vor der Alleinherrschaft des Staatsanwalts und in der Beschränkung dieser Alleinherrschaft; auch können und werden die Gründe für Privat-Anklage und Antrags-Recht bei gewissen Delikten faktisch zusammentreffen, und der so entstehende äußere Schein von Gleichartigkeit und Zusammengehörigkeit hat die Vermengung der innerlich verschiedenen Institute gewiß hauptsächlich verschuldet.

III.

Sehen wir uns nun nach den Gründen um, welche gewöhnlich wider und für das Antrags-Institut angeführt werden, so begegnen wir zwar den verschiedenartigsten Ansichten: aber darin herrscht allgemeine Uebereinstimmung, daß das Anklage-Recht des Staates als gebietende Regel, das Antrags-Recht des Betheiligten als besondere Ausnahme zu betrachten ist. Wenn einmal das Strafgesetz bestimmte Handlungen als (öffentlich) strafbare hingestellt hat, dann muß auch mit Nothwendigkeit auf die Strafandrohung die Strafverhängung erfolgen, und die absolute Majestät des Staates und des Gesetzes duldet nicht, daß das Belieben des Individuums mit all seinen Schwächen und Leidenschaften den strafenden Arm der Gerechtigkeit aufhalte.

Liegt es in der Macht des Privatmannes, ob die Strafe ausbleiben soll, so erblickt selbst bei der öffentlichen Anklage der Thäter im Verletzten seinen persönlichen Gegner, und nur zu leicht ergreift ihn das Gefühl des Unmuths über die Härte und Unversöhnlichkeit desselben, sowie die Sucht, sich demnächst an ihm zu rächen. Das Volk hat, wie die Erfahrung zeigt, sehr schnell gelernt zu unterscheiden zwischen dem Denuncianten oder Zeugen und dem Antragsberechtigten, zwischen Anzeige und Dispositions-Recht.

In der Seele des Verletzten selbst entsteht ein peinlicher Streit edler wie unedler Gefühle: Gerechtigkeitsliebe, Mitleid, Furcht, Bequemlichkeitsliebe, Haß, Neid, Rachsucht, Habgier u. s. w., und der unberechenbare Ausgang dieses Streites entscheidet die Frage, ob der Thäter straflos bleibt.

Bei dem Zauber des allmächtigen Geldes wird das Dispositionsrecht des Verletzten oft zur käuflichen Waare, und geht der Reiche straflos aus, während den Armen die Strafe unerbittlich trifft.

Das rechtliche und sittliche Bewußtsein des Volkes, das Ansehen der

Digitized by Google

Justiz, die Sicherheit der öffentlichen Ordnung wird empfindlich geschädigt; es entwickelt sich eine gewisse Gleichgültigkeit gegen die Antragsdelikte und der Reiz zu neuen Strafthaten mehrt sich, wenn offen im Volke und unter den Augen der machtlos zuschauenden Behörden der Strafbare straflos umhergehen, ja ungescheut sich seiner Verbrechen rühmen darf, wenn unter sonst gleichen Verhältnissen wegen gleicher Thaten je nach dem verschiedenen Belieben der verletzten Privatpersonen der Uebelthäter hier bestraft, dort freigelassen wird.

Angesichts dieser großen Schattenseiten müssen also höchst dringende und gewichtige Gründe vorliegen, um legislatorisch die Statuirung einer solchen Ausnahme, wie sie das Antrags-Institut bildet, zu rechtfertigen.

Da es sich hier eben um ein jus singulare handelt, so können diese Gründe weniger aus dem strengen Rechte, als vielmehr aus praktischen, im Gebiete der Sittlichkeit, Billigkeit oder Nützlichkeit liegenden, criminalpolitischen Momenten hergenommen werden, — aus Rücksichten, welche der Legislator gegenüber dem allgemeinen Staats-Interesse der Strafverfolgung anderen speciellen Interessen zu schenken hat.

Abgesehen von völkerrechtlichen Verhältnissen, liegt nun das Antragsrecht stets in der Sphäre von Privatpersonen; es müssen also Privat-Interessen existiren, welche mit dem strafrechtlichen Interesse des Staats in Conflikt gerathen und wegen ihrer an und für sich anzuerkennenden Berechtigung die Statuirung eines Ausnahmsrechts zu Gunsten von Privatpersonen zur Frage bringen. Aus dem früher entwickelten Begriffe des Antrags-Rechts, als der Befugniß des Betheiligten, die Verfolgung und Bestrafung des Uebelthäters zu verhindern, ergibt sich mit logischer Nothwendigkeit, daß die fraglichen Privat-Interessen sich eben auf die Verhinderung der sonst eintretenden öffentlichen Verfolgung beziehen, und dann eine Benachtheiligung erleiden müssen, wenn und soweit die Staatsorgane die Anklage erheben und die Bestrafung verwirklichen. Auf der einen Seite steht das Gesetz mit der allgemeinen Forderung, daß jede strafbare That geahndet werde, beziehungsweise die Staatsanwaltschaft mit dem Rechte und der Pflicht, diese Forderung zur Erfüllung zu bringen, auf der andern Seite tritt die verletzte Privatperson auf mit ihrem Interesse an dem Unterbleiben der Verfolgung, mit dem Verlangen eines Schutzes berechtigter Interessen gegen die Erhebung der öffentlichen Anklage. Also dort Staats-Interesse an der Verfolgung, hier Privat-Interesse an der Nichtverfolgung, — zwei collidirende Factoren, von denen der schwächere dem stärkeren weichen muß, deren gegenseitige Abwägung allein das richtige legislatorische Facit liefern kann. Hiernach ist m. E. für die Frage, wann im einzelnen Falle der Gesetzgeber das Antrags-Recht zu statuiren

Digitized by Google

statuiren habe, das folgende Princip als allgemein maßgebend aufzustellen:

> Wenn das Staats-Interesse an der Verfolgung der Strafthat geringer ist als ein berechtigtes Privat-Interesse an der Nichtverfolgung, dann, aber auch nur dann, ist das Antrags-Recht zu statuiren.

Das so aufgestellte Princip muß und wird durchgängig einen hinreichenden Maßstab an die Hand geben, obgleich die Nachtheile und Interessen des Staats und des Verletzten nicht genau commensurable Größen bilden, und zuweilen im einzelnen Falle die legislatorische Abwägung jener Momente schwierig sein mag. Derartige Schwierigkeiten werden aber auch bei jedem andern Princip für den Gesetzgeber bleiben.[5])

Die zahlreichen, sonst noch in der Literatur und in der Gesetzgebung geltend gemachten, theils mit dem erwähnten Princip und dessen Anwendung zusammenhängenden, theils davon sich trennenden Gründe oder Principien haben mehr oder weniger eine speziellere Natur und bezielen öfter nur die Rechtfertigung des einen oder andern einzelnen Antrags-Falles.[6])

Im Allgemeinen lassen die sämmtlichen Gründe mit ihren Combinationen und Variationen sich auf drei Hauptkategorien zurückführen:

1) staatsrechtliche oder völkerrechtliche Beziehungen,
2) schonende Rücksicht auf den Verletzten und seine Angehörigen, oder auf das Familien-Interesse,
   (Nachtheile der Publicität Strafe des Thäters, zugleich auch Uebel für den Verletzten; Heiligkeit der Familienbande; häusliche Zucht),
3) alleiniges oder überwiegendes Privat-Interesse an der Bestrafung im Verhältnisse zum Staats-Interesse.

---

[5]) Seiner wesentlichsten Grundlage nach findet sich dies Princip schon von Mittermaier hervorgehoben im Arch. für Cr. R. V S. 609 ff., wo das Antrags-Recht dann für motivirt erklärt wird, wenn die Nachtheile der Official-Verfolgung für den Verletzten, dessen Familie oder den Staat größer seien, als die Nachtheile der eventuellen Strafloſigkeit für den Staat.

[6]) Der von v. Bar (Goltdammer Arch. XIX S. 644) aufgestellte Satz:

> „Daß bei gewissen Delicten die Strafgewalt des Staates nur dann strafend einzuschreiten gesonnen ist, wenn das Bedürfniß der staatlichen Reaction gegen das Delict in dem zunächst interessirten Kreise (regelmäßig beim Verletzten) sich in bestimmter Weise (durch Stellung des Strafantrags) manifestirt hat,"

enthält weniger selbst ein Princip, als vielmehr eine Beschreibungs- oder Umschreibungs-Formel für das Resultat der vom Gesetzgeber erwogenen, anerkannten und angewandten Principien, bezieht sich obendrein eigentlich nur auf das secundäre active Moment des Antrags-Rechts.

Digitized by Google

(Strafe mehr Privat-Genugthuung; Verzeihung; mehr subjectiver oder ideeller Werth der verletzten Güter; mangelnde oder geringe Bedeutung des Delicts für den Staat; Unsicherheit der Grenze zwischen criminellem und civilem Unrecht).

IV.

Vergleicht man nun hiermit, abgesehen von der bunten Musterkarte der früheren Particular-Gesetze, die im deutschen Strafgesetzbuch enthaltenen, bedeutend vermehrten Antragsfälle, so wird unschwer darzuthun sein, daß der weite Spielraum, welchen jene zahlreichen, dehnbaren und unbestimmten Gründe der Inconsequenz und Willkühr gewähren, in der Gesetzgebung leider zu ausgiebig benutzt ist.

Sowohl die Motive zum deutschen Strafgesetzbuch (zum I. Entwurf S. 105, zum II. Entwurf S. 106) als auch die Debatten im Reichstage gehen wesentlich von der letzten jener drei Hauptkategorien aus, indem sie im Allgemeinen das Princip zu Grunde legen, daß die Antrags-Delicte meistens das Staats-Interesse erst in zweiter Linie berühren, das Privat-Interesse an der Bestrafung ein stärkeres sei. Diese Kategorie ist aber gerade die bedenklichste und die Anwendung des so aufgestellten Princips erscheint m. E. als falsch und verwerflich, weil nur das Institut der Privat-Anklage, nicht das des Antrags-Rechts, als logische Folge daraus herzuleiten ist.

Wenn bei bestimmten Handlungen, die einmal vom Gesetzgeber für öffentlich strafbar erklärt sind, der Verletzte ein noch höheres Interesse an der Bestrafung hat, als der Staat, so darf aus diesem Grunde doch offenbar nicht das Staats-Interesse absorbirt und ganz ausgeschlossen, dessen Geltendmachung dem Willen des Verletzten allein unterworfen werden, (und dies geschieht beim Antrags-Rechte), sondern es rechtfertigen sich nur diejenigen Maßregeln, welche dem Verletzten die Garantie der Strafverfolgung gewähren. Für den Verletzten ist nämlich ein selbständiges (cumulatives oder subsidiäres) Verfolgungs-Recht zu statuiren, und ein solches Recht ist dann für sein Interesse an der Bestrafung, wie erforderlich, so auch genügend. Ihn berührt bei der Gefahr, daß etwa die Staatsanwaltschaft wegen zu geringen öffentlichen Interesses die Anklage ablehnt, nur die negative Seite des Monopols der Staatsanwaltschaft, und die Frage, ob er die öffentliche Verfolgung des Staats-Interesses verhindern dürfe, fällt hier überhaupt nicht in den Kreis seines Privat-Interesses, welches der Natur der Sache nach rücksichtlich der Erhebung der öffentlichen Anklage niemals mit dem Staats-Interesse in Conflikt gerathen kann.

Digitized by Google

Die entscheidenden Momente sind für das Antrags-Recht: die collidirenden Interessen des Verletzten an der Nichtverfolgung, des Staats an der Verfolgung, für die Privat-Anklage: die concurrirenden Interessen des Verletzten und des Staats, also beider, an der Verfolgung, oder, wie man mit Rücksicht auf das punctum saliens, die Ablehnung der öffentlichen Anklage, es auch ausdrücken könnte: bei der Privat-Anklage stehen sich gegenüber das Interesse des Verletzten an der Verfolgung und die Negirung des öffentlichen Interesses, die Nicht-Interessirung des Staats an der Verfolgung. Das überwiegende Interesse des Verletzten an dem Eintreten der Verfolgung kann also logisch nie dahin führen, daß demselben ein Recht gewährt werde, die Verfolgung zu hindern. Das hieße die richtigen Begriffe geradezu umkehren.

Die Ansicht, als ob die Privat-Verzeihung mit dem Antrags-Recht im Causalnexus stehe, darf als ein überwundener Standpunkt bezeichnet werden, indem jetzt wohl allgemein anerkannt ist, daß Privat-Verzeihung als solche niemals den Strafbarkeits-Charakter der Handlung rückwärts annulliren kann, und die Einwilligung des Verletzten, wenn überhaupt zulässig, schon den Begriff des Delicts selbst ausschließt. Dieses Moment spielt daher auch eine erhebliche Rolle nicht mehr in den gesetzgeberischen Erwägungen, was allerdings früher oft der Fall war.

Sodann mag in manchen Fällen die Grenze zwischen criminellem und civilem Unrecht unsicher sein, aber die Entscheidung hierüber der Ansicht, dem Gefühl und dem Interesse des Verletzten anheimzugeben, ist gewiß die verkehrteste Lösung der Schwierigkeit. Wo der Gesetzgeber die genaue Markirung der Grenze für unthunlich erachtet, darf er entweder den zweifelhaften Thatbestand gar nicht in das Gebiet des Strafrechts hereinziehen, oder er muß in jedem einzelnen Falle die Entscheidung der Staats-Anwaltschaft beziehungsweise dem Richter, überlassen.

Die Ansicht endlich, daß der Staat bei Verletzungen solcher Güter, die für ihn gar keinen Werth, für den Verletzten nur einen subjectiven oder ideellen Werth hätten, (Ehre, Keuschheit, eheliche Treue), nicht von Amtswegen einschreiten dürfe, fällt in den daraus gezogenen Consequenzen wesentlich mit dem Principe der schonenden Rücksicht auf den Verletzten zusammen und dürfte obendrein in ihren Voraussetzungen selbst unrichtig sein, da allerdings der Staat an solchen Gütern ein bedeutendes Interesse hat, und dieses sein Interesse durch die Hereinziehung der betreffenden Delicte in das Gebiet des öffentlichen Strafrechts auch genügend documentirt.

Auf der anderen Seite ist aus der geringeren Bedeutung gewisser Delicte für die staatliche Ordnung, aus dem secundären Charakter des

Digitized by Google

Staats-Interesses hier eine Modification der staatsanwaltschaftlichen Function als wünschenswerth herzuleiten. Das öffentliche Recht zur Verfolgung muß freilich stets gewahrt bleiben, aber die, sonst an sich absolute, Pflicht des Staats-Anwalts zur Verfolgung insofern modificirt werden, als er nur dann die öffentliche Anklage zu erheben hat, wenn dies durch Gründe des öffentlichen Wohles geboten erscheint. Sonst überläßt er die Strafverfolgung dem Berechtigten, welchem ja die Privat-Anklage zusteht.

Eine solche bereits auf dem ersten Juristentage angeregte, auch im Entwurf zur D. Str. Pr. O. §. 305 bei Körperverletzungen und Beleidigungen angewandte Bestimmung empfiehlt sich nicht blos bei allen jetzt mit der Privat-Anklage ausgestatteten (richtigen wie falschen) Antrags-Fällen, sondern überhaupt da, wo die Privat-Anklage gegeben ist.[7])

Dann ist einerseits dem Privat-Interesse des Verletzten genug gethan, sofern ihm die Möglichkeit der Strafverfolgung, sei es mittelbar durch Anrufung der Staats-Anwaltschaft, sei es eventuell unmittelbar durch Privat-Anklage, in ausreichendem Maße gegeben wird: andererseits ist dem secundären Standpunkte des Staats-Interesses („minima non curat praetor") gebührende Rechnung getragen, sofern die Staatsbehörde die „Manifestirung (Anzeige, Verlangen,) des im betheiligten Kreise zunächst auftretenden Bedürfnisses" abwarten kann, nicht (wie beim Antrags-Rechte) abwarten muß. Dabei ist ferner zu bedenken, daß ohnehin diejenigen Delicte, welche in erster Linie sich gegen die Person oder die Güter des Einzelnen richten, naturgemäß in den zahlreichsten Fällen nur dann zur Contestation kommen, wenn der Verletzte sie zur Anzeige bringt, daß also practisch oft der Fall der Nichtanzeige dem des Nichtantrages gleichsteht.

In diesen beiden Richtungen (Zulassung der Privat-Anklage, Erleichterung der staatsanwaltschaftlichen Anklage-Pflicht) enthält jene dritte Kategorie von Gründen allerdings richtige Gedanken und legislatorische Motive; keinenfalls aber ist dadurch das Antrags-Institut zu rechtfertigen, für dessen Statuirung, wie nochmals betont werden mag, nicht das Interesse des Staates, beziehungsweise des Verletzten, also beider Concurrenten der Strafverfolgung, sondern das Privat-Interesse an der Nichtverfolgung und das Staats-Interesse an der Verfolgung als die richtigen Factoren des gesetzgeberischen Facits anzusehen sind.

Bei gewissen Delicten wird es eintreten, daß für den Verletzten zugleich nach der einen Seite hin ein Interesse an der Nichtverfolgung

[7]) Das Institut der Privat-Anklage dürfte, namentlich bei den zunächst gegen die Person oder Güter des Einzelnen gerichteten Strafthaten viel weiter auszudehnen sein, als bisher geschehen ist, und als auch der Entwurf zur D. Str P. O. §. 282 begrenzen will (nur Antrags- und Buße-Fälle).

Digitized by Google

und nach der anderen Seite hin auch ein Interesse an der Verfolgung vorliegt, und zwar beides in höherem Grade, als der Staat an der Verfolgung interessirt ist.

Dann besteht eine, gleichsam ideelle, Concurrenz beider Interessen auf Seiten des Verletzten, und es muß ihm mit Rücksicht auf die Ablehnung, beziehungsweise Erhebung der öffentlichen Anklage sowohl das Antrags-Recht als auch die Privat-Anklage electiv gewährt werden, je nachdem er für die eine oder andere Seite seines Interesses sich entscheiden will. Nur bei solchen Concurrenz-Fällen kann man sagen, daß die Kreise der Privat-Anklage und des Antrags-Rechts als congruent sich decken.

Genau genommen tritt beim Antrags-Rechte stets eine Art Concurrenz, oder wohl richtiger: Collision der Privat-Interessen an der Nichtverfolgung und an der Verfolgung ein, da ja der Verletzte schon als solcher ein gewisses Interesse an der Verfolgung hat. Dieses allgemeines Interesse des Verletzten an der Verfolgung, auch wenn es das Staats-Interesse nicht überwiegt, kann wiederum vielleicht die Privat-Anklage motiviren, überhaupt aber mit dem Antrags-Rechte nicht im Causalnexus stehen. Zwischen Antrags-Recht und Privat-Anklage findet begriffsmäßig keine Wechselwirkung statt, jedes Institut geht seinen eigenen Weg.

Durch die in dieser Beziehung herrschende, bereits früher gerügte Vermengung beider Institute ist es nun m. E. zu erklären, wie, meist ohne alle weitere Begründung, als daß „der Staat erst in zweiter Linie Interesse habe" die schon im Entwurf des D. St. G. B. zahlreich enthaltenen Antrags-Fälle theils durch die Reichstags-Commission, theils durch Anträge einzelner Mitglieder in der Debatte vermehrt worden. So sind jetzt fast alle diejenigen Vergehen und Uebertretungen, welche zunächst gegen die Person oder die Güter und Rechte der Einzelnen gerichtet sind, d. h. bei weitem die meisten Delicte überhaupt, zu Antrags-Fällen gestempelt.

Nur beim Diebstahl und Betruge ist inconsequenter Weise kein derartiger Versuch gemacht, ohne Zweifel, weil hier schon die oberflächlichste Erwägung vom practischen Standpunkte aus die Unthunlichkeit klar legen mußte, obgleich a priori jenes Princip des stärkeren Privat-Interesses an der Verfolgung ebenso zutreffen würde. Bei der Unterschlagung (anvertrauter Sachen) ist es auch wirklich zu desfallsigen Debatten gekommen, und nur dem energischen Widerspruch des Preußischen Justiz-Ministers ist es zu verdanken, daß hier kein Antrag zur Verfolgung gesetzlich erfordert wird. [8])

---

[8]) Um sich ein Bild von den gesetzgeberischen Schicksalen und Zufällen bei solchen Fragen zu machen, lese man den Bericht über die Reichstags-Verhandlungen (S. 727

Digitized by Google

Jene Vermengung der Gründe sowie des Wesens der Privat-Anklage und des Antrags-Rechts zeigt sich auch wieder in sehr eclatanter Weise beim Entwurfe der D. St. P. O., wo im §. 282 die Kreise der Privat-Anklage und des Antrags-Rechts als vollkommen congruent hingestellt werden (unter Hinzusetzung der Buße-Fälle). Die Motive (S. 245 nebst Anlage 4) gehen zunächst von dem richtigen Gesichtspunkte aus, daß die Gewährung der „Privat-Klage" (wohl richtiger „Privat-Anklage" zu nennen) dann in Frage kommen, wenn die Staats-Anwaltschaft die Erhebung der öffentlichen Klage ablehne.

Dann heißt es aber weiter, und hierin wird der logische Sprung ausgeführt:

> „Muß man nun zugeben, daß die subsidiäre Privat-Klage nicht dem öffentlichen Interesse, sondern dem Privatinteresse des Verletzten zu dienen bestimmt ist, so wird man dieselbe folgerichtig auch nur insoweit zulassen dürfen, als dieses Privat-Interesse auf dem Gebiete des Strafrechts überhaupt Anspruch auf Berücksichtigung hat. Die Frage, in wie weit letzteres der Fall sei, wird von dem materiellen Strafrecht beantwortet. Denn indem dieses bei gewissen strafbaren Handlungen die Verfolgung von dem Antrage des Verletzten abhängig macht, erkennt es an, daß in Fällen dieser Art das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung von der Rücksicht auf das Privat-Interesse des Verletzten überwogen werde.
>
> Dem Entwurf der St. P. O. ist daher die Grenze, innerhalb deren er die subsidiäre Privatklage gewähren muß, durch das D. St. G. B. vorgezeichnet, und er gewährt sie demgemäß überall da, wo das Strafgesetzbuch die Strafverfolgung vom Antrage des Verletzten abhängig macht. Daß er den Fällen dieser Art auch diejenigen anreiht, in denen der Verletzte die Zuerkennung einer Buße beantragen kann, findet seine Rechtfertigung

bis 732), betreffend die §§. 292, 293 und §§. 370[4], 296 Str.-G.-B., wonach als Endresultat beschlossen ist, daß beim einfachen Wild- und Fisch-Diebstahl der Antrag nothwendig ist, bei den qualificirten, mit gleicher Strafe bedrohten Fällen der §§. 293, 296 der Wilddiebstahl ohne Antrag, der Fischdiebstahl nur auf Antrag verfolgt werden kann, während als Grund für die Statuirung gerade des letzteren Falls als eines qualificirten ausdrücklich das öffentliche Interesse, das Interesse des National-Wohlstandes hingestellt ist. Nach den Eingangs-Worten des Präsidenten (S. 727) ist das Antrags-Amendement auch zum §. 293 (Entwurf §. 289) gestellt, wovon aber im weiteren Verlaufe nichts mehr vorkommt, obgleich in Gemäßheit der Debatten selbst das Antrags-Recht im §. 293 viel mehr am Platze gewesen wäre, als im §. 296!

Digitized by Google

darin, daß auch in den Fällen der letzteren Art die Vorschriften des Strafrechts auf einer Berücksichtigung des Privat-Interesses des Verletzten beruhen."

Also das überwiegende Privat-Interesse (n. b. an der Strafverfolgung) bildet materiell und processualisch das maßgebende Prinzip für die Zulassung der Privat-Anklage wie des Antrags-Rechts, ja das letztere wird mit dem Rechte, die Zuerkennung einer Buße zu „beantragen", auf gleiche Stufe gestellt! Von dem entscheidenden Privat-Interesse an der Nichtverfolgung ist nirgends hierbei die Rede. Wie vollkommen richtig die Folgerung der Privat-Anklage aus dem überwiegenden Privat-Interesse an der Strafverfolgung hergeleitet wird, so unrichtig ist die ganze Argumentation hinsichtlich des Antrags-Rechts.

Diese mißverständliche Auffassung und Confundirung beider Institute lassen die Motive auch noch anderswo wiederspiegeln, z. B. S. 104, wo die Pflicht des Staates zur Strafverfolgung als eine allgemeine und nur bei den Antragsdelicten eingeschränkte erwähnt wird (— das Antrags-Institut beschränkt in erster Linie gerade das Recht des Staats, das Dürfen oder Können, nur in mittelbarer Folge die Pflicht, das Brauchen oder Sollen —), ferner S. 261, wo bei der Erörterung, ob für leichte Körperverletzungen die öffentliche Klage ganz auszuschließen und lediglich die Privatklage zu statuiren sei, es heißt: „daß es Fälle von Körperverletzungen gibt, in denen die öffentliche Ordnung so sehr die Verfolgung erheischt, daß der Staat sich der letzteren nothwendig unterziehen muß", und dann der am allerwenigsten zu erwartende Satz kommt: „sobald sie vom Verletzten beantragt wird", (also soll die im öffentlichen Interesse nothwendige Verfolgung vom Belieben des Privatmannes abhängen, obgleich für diesen ein berechtigtes Interesse, die Verfolgung zu hindern, nirgendwie ersichtlich ist.)

V.

Wenn nach den bisherigen Erörterungen nun die Gründe der dritten Kategorie für das Antrags-Recht als nicht zutreffend anzusehen sind, so erscheinen dagegen die beiden ersten Kategorien als geeignet, das Antrags-Recht zu motiviren.

Von dem Standpuncte des Völkerrechts aus ist es gewiß passend, bei den feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten den Antrag abzuwarten, soweit nicht etwa gemeine Verbrechen concurriren.

Wo ferner durch die Official-Verfolgung, durch den strepitus fori, durch die Publicität der empfindlichste Nachtheil für die Ehre, den Ruf, die Lebensstellung und das sittliche Gefühl des Verletzten und seiner Ange-

Digitized by Google

hörigen herbeigeführt, wo wegen des persönlichen Verhältnisses zum Thäter die Strafe von dem Verletzten selbst als Uebel empfunden, wo das höhere sittliche Interesse der Familie[9]) in Mitleidenschaft gezogen würde: da hat der Gesetzgeber sorglichst zu erwägen, ob gegen diese Nachtheile der staatliche Nachtheil der eventuellen Strafloſigkeit, das Staatsinteresse an der Bestrafung in den Hintergrund treten müsse. Daß bei dieser Abwägung der beiden Factoren die größere oder geringere Schwere der im fraglichen Delicte liegenden Verletzung des öffentlichen Friedens, der staatlichen Rechts-Ordnung, ein gewichtiges Moment bildet, und der Gesetzgeber leichter geneigt sein wird, bei geringfügigen Delicten die Wagschaale zu Gunsten des Verletzten sinken zu lassen, leuchtet ohne Weiteres ein, und in dieser, aber auch nur in dieser Beziehung hat die Rücksicht auf das geringere Interesse des Staates an der Bestrafung ihre relative Berechtigung und Bedeutung für das Antrags-Recht. — Legislatorisch ist von den richtigen speciellen Gründen blos der eine: der Nachtheil der Publicität durch die Strafverfolgung, ausdrücklich urgirt, und zwar auch dieser in den Motiven zum D. St. G. B. nur bei der betrüglichen Eheschließung und bei den Beleidigungen, in den Reichstags-Debatten nur bei den Ermächtigungsfällen, bei der Nothzucht und der Entführung.

Die Frage also, ob in einem speciellen Falle das Antrags-Recht vom Gesetzgeber anzuerkennen und zu statuiren sei, gestaltet sich folgendermaßen:

Vor Allem muß natürlich der Gesetzgeber die betreffende That in das Gebiet des öffentlichen Strafrechts hereingezogen und damit zugleich documentirt haben, daß an und für sich ein öffentliches Staats-Interesse an der Bestrafung vorliege. Sodann ist zu fragen, ob der Verletzte oder überhaupt eine Privatperson irgend ein als berechtigt anzuerkennendes Interesse an der Nichtverfolgung der That, an der Nichterhebung der öffentlichen Anklage, an dem Nichteintreten der Bestrafung habe.

Wird dies verneint, so kann vom Antrags-Recht grundsätzlich überall keine Rede sein.

---

[9]) Das höhere sittliche Familien-Interesse kann hier für das Antrags-Recht nur als mittelbarer Grund gelten, insofern nämlich, als das Privat-Interesse des Verletzten, durch Strafverfolgung seine Familien-Verhältnisse nicht stören zu lassen, in der Heiligkeit der Familien-Bande eben die erforderliche Berechtigung findet. Wo der Staat ein Familien-Verhältniß um seiner selbst willen als ein gegen die Nachtheile der Strafverfolgung zu schützendes Institut anerkennt, ist nicht das vom Privat-Willen abhängige Antrags-Recht, sondern das absolute Verbot der Strafverfolgung gerechtfertigt, wie im §. 247 des St.-G.-B. bei Diebstählen und Unterschlagungen (warum nicht auch bei andern Delicten?) durch Ascendenten und Ehegatten.

Digitized by Google

Wird dies aber bejaht, so entsteht nun die weitere specielle Frage, ob der Nachtheil, welcher aus der öffentlichen Strafverfolgung für die berechtigten Privat-Interessen des Betheiligten erwächst, verhältnißmäßig größer sei, als der Nachtheil, den das Staats-Interesse durch die eventuelle Strafloſigkeit der That erleidet, m. a. W., ob das berechtigte Privat-Interesse an der Nichtverfolgung stärker sei, als das Staats-Interesse an der Verfolgung.

Wird auch diese Frage bejaht, so ist die Statuirung des Antrags-Rechtes motivirt, wird sie verneint, bleibt das Recht weg.

VI.

Unter Anwendung der als zutreffend anerkannten beiden Kategorien von Gründen läßt sich nun die Bejahung der vorstehenden Fragen bei vielen jetzigen Antrags-Fällen des D. St. G. B. rechtfertigen, namentlich gehören hierher:

A. Die bereits genannten feindlichen Handlungen gegen befreundete Staaten nach §§. 102 bis 104 (103 und 104 fallen ohnehin unter die Rubrik der Beleidigungen).

B. 1. Die Strafthaten im Gebiete der geschlechtlichen Sittlichkeit (Ehe) nach §§.

170 (betrügliche Eheschließung,)
172 (Ehebruch,)
176 (Unzucht,)
177 (Nothzucht,)
179. 182. (Verleitung zum Beischlafe,)
236 bis 238 (Entführung.)

2. Die Beleidigungen (Anm. [10] u. [11]) nach §§. 185 flg. (desgleichen in den Ermächtigungs-Fällen der §§. 99. 101. 197,) so wie die im Wesentlichen zum Gebiete der Injurien gehörigen Fälle der §§. 123, Abs. 1. (einfacher Hausfriedensbruch)
240 (Nöthigung,)

---

[10]) Die Beibehaltung der Regel bei Majestätsbeleidigungen (§§. 94 flg.) wird leicht durch höhere politische Erwägungen gerechtfertigt, jedenfalls bei Beleidigungen regierender Personen, während im Uebrigen mit Rücksicht gerade auf das eigene Interesse der Beleidigten der Ausschluß des Antrags-Rechts zu erheblichen Bedenken Anlaß gibt.

[11]) Bei der sog. Amtsehrenbeleidigung mag die Antrags-Befugniß der amtlichen Vorgesetzten für genügend erachtet werden, das dienstliche Interesse an der Bestrafung zu wahren. Wegen der logischen Unsicherheit des Wesens und der Consequenzen dieser Befugniß (vergl. Anm. 3) dürfte es sich aber empfehlen, lediglich durch disciplinarische Vorschriften die nöthige Aushülfe zu gewähren.

Digitized by Google

241 (Bedrohung,)

299 und 300 (Verletzung fremder Geheimnisse.)

3. Die Diebstähle, Betrügereien, Unterschlagungen gegen Angehörige, Vormünder und Erzieher, (§. 247, 263),
4. Creditgeben an Minderjährige u. s. w. (§. 301, 302).

Bei allen diesen Fällen unter B. besteht unzweifelhaft ein berechtigtes Privat-Interesse an der Nichtverfolgung. Nur die Frage nach dem Uebergewicht dieses Interesses über das Staats-Interesse an der Verfolgung kann speciell bei einigen Fällen zweifelhaft sein, und hat auch schon z. B. bei den §§. 176, 177, (Unzucht resp. Nothzucht,) zu lebhaften Streitigkeiten und Debatten im Reichstage Anlaß gegeben, jedoch hat sich zuletzt der Sieg zu Gunsten jenes Privat-Interesses, d. h. des Antrags-Instituts, entschieden, und wie ich glaube, mit Recht.

VII.

Dagegen sind m. E. als ungerechtfertigte, als falsche Antragsfälle des D. St. G. B. die folgenden anzusehen:

a) die Körperverletzungen (223, 230, 232),
b) Diebstähle u. s. w. von Personen in Kost oder Lohn (247, 263.),
c) strafbarer Eigennutz (§§. 288, 289),
d) Wild- und Fisch-Diebstahl (292, 296, 370[4]),
e) Sachbeschädigung (303),
f) die Entwendungen nach 370[5] und der sog. Futter-Diebstahl (370[6]).

In den früheren Gesetzbüchern war das Erforderniß des Antrages bei diesen Fällen theils gar nicht, theils nur sporadisch enthalten, theils auf ganz geringfügige Fälle beschränkt.

Bezüglich des D. St. G. B. statuirte den Antrag

a) bei Körperverletzungen §. 232, (deren frühere Mittelstufen jetzt weggefallen sind) und zwar:
bei fahrlässigen leichten der I. Entwurf,
bei vorsätzlichen leichten der II. Entwurf,
bei fahrlässigen schweren der Reichstag bei der Debatte,
b) bei den sog. Gesinde-Diebstählen, Unterschlagungen und Betrügereien §§. 247, 263 die Reichstags-Commission,
c) beim strafbaren Eigennutz und zwar Verschleppung §. 288 die Reichstags-Commission,
beim furtum possessionis §. 289,
unter Angehörigen der Entwurf,
allgemein die Reichstags-Commission,

Digitized by Google

d) bei Wild- und Fisch-Diebstahl §§. 292, 296, 370[4] der Reichstag (wie früher bereits näher erwähnt),
e) bei Sachbeschädigungen §. 303 der Entwurf,
f) beim Nasch-Diebstahl §. 370[5] nur als Gesinde-Diebstahl der I. Entwurf, allgemein der II. Entwurf,
beim Futter-Diebstahl §. 370[6] der Entwurf.

Bei allen diesen Antragsfällen läßt sich überhaupt kein berechtigtes Privat-Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung entdecken, ist auch bei den gesetzgeberischen Operationen nicht angeführt worden, abgesehen etwa vom Falle sub. f. daher muß hier nach dem als maßgebend angenommenen Princip das Antrags-Recht von vornherein grundsätzlich verworfen werden.

Im Schooße der gesetzgeberischen Gewalten ist man, wie schon bei den richtigen Antrags-Fällen, um so mehr bei den falschen mit der Motivirung sehr sparsam zu Werke gegangen, und wo sich eine Motivirung findet, läuft sie wesentlich immer wieder auf das Princip des überwiegenden Privat-Interesses an der Verfolgung hinaus.

Speciell heben die Motive (zum I. Entwurf S. 197,) noch beim sog. Naschdiebstahl (sub f oben) hervor, daß das Verhältniß zwischen Dienstherrn und Dienstboten nach Analogie des Familienverhältnisses aufgefaßt, und darum die Bestrafung so geringfügiger Entwendungen, wie Nasch-Diebstähle, vom Willen des Dienstherrn abhängig gemacht werden müsse. Schon diese schüchterne Anwendung der Analogie läßt auf deren Bedenklichkeit schließen, und in der That ist das mehr und mehr sich lockernde, auch gewiß nicht etwa durch das Antrags-Recht fester zu kittende Gesinde-Verhältniß keineswegs bedeutend genug, um die Ausnahme zu rechtfertigen, am allerwenigsten deren jetzige Ausdehnung. Die angeblichen höheren sittlichen Interessen des Familienvaters bestehen hier wesentlich in der Scheu vor Unbequemlichkeit, und Unruhe im Hause, und erfahrungsmäßig läßt einerseits der Dienstherr den ungetreuen Dienstboten doch baldmöglichst fortgehen, freilich ungestraft, andererseits sucht der Dienstbote, der sich erkannt und beobachtet weiß, lieber ein neues Feld für seine Thätigkeit auf.

Die hier und da in der Literatur vorkommende Berufung auf häusliche Zucht und dienstherrliche Gerichtsbarkeit ist wohl mit Rücksicht auf die jetzigen socialen Verhältnisse kaum als ernstlich gemeint aufzufassen, zumal wenn man bedenkt, daß oft nicht einmal eine Hausgemeinschaft zwischen den Betheiligten besteht.

Im Reichstage hat man überall keine Motive vorgebracht, weshalb man das Gesinde-Verhältniß, das früher so ziemlich in allen Straf-Gesetzen

Digitized by Google

Deutschland's eine erschwerende Qualification bildete, jetzt als Anlaß und Grund des Antrags-Rechts, mithin umgekehrt factisch als Milderungsgrund hingestellt hat, obendrein in einer nicht sehr glücklichen, allerlei Controversen herbeiführenden Fassung.

Daß aber jenes Princip des überwiegenden Privat-Interesses an der Straf-Verfolgung in logischer Consequenz zum Institute der Privat-Anklage führt, und nicht zum Institute des Antrags, ist oben bereits erörtert worden, und das in der legislatorischen Geschichte des Antrags-Rechts sich so auffällig zeigende Wanken und Schwanken der Gesetzgebung erklärt sich sehr leicht eben durch die Haltlosigkeit des ganzen Princips.

Dazu kommt noch, daß in vielen Fällen, namentlich bei schwereren bedeutenderen Diebstählen u. s. w. der Dienstleute und bei erheblicheren Körperverletzungen das Staats-Interesse keineswegs so gering ist, um gegenüber dem Privat-Interesse in den Hintergrund zu treten. Mindestens ebenso sehr, ja mehr noch als bei der Verletzung von Vermögensrechten, ist der Staat nach Innen und Außen interessirt bei der Beschädigung der Gesundheit und der Gliedmaaßen seiner Bürger, wie denn auch vom nationalöconomischen Standpunkte aus jede Körperverletzung mit Arbeitsunfähigkeit sogar einen unersetzlichen Verlust, der Diebstahl nur einen Wechsel von Vermögens-Werthen involvirt. Man vergleiche nur den Fall, wo ein thätiger Bürger in Folge scandalöser brutaler Mißhandlung Monate lang krank und arbeitsunfähig wird, aber aus Mitleid und Edelmuth gegen den Thäter oder dessen Familie seinerseits keine Bestrafung veranlassen, keinen Antrag stellen will, oder den Fall, wo der schurkische Bediente seinen wohl gar auf dem Sterbebette liegenden Herrn um viele Tausende bestiehlt und straflos bleibt, mit dem Falle eines geringfügigen gewöhnlichen, ex officio zu verfolgenden Diebstahls, und man wird schwerlich zweifelhaft sein, wo das ideelle wie materielle Staats-Interesse, das Rechtsbewußtsein des Volkes empfindlicher in Mitleidenschaft gezogen wird.

Gerade bei Körperverletzungen, deren zahlreiches Vorkommen so tief mit den Neigungen des Germanischen Volks-Charakters zusammenhängt, ist der Staat berufen, durch scharfe und prompte, nicht vom Belieben des Individuums abhängige Bestrafung seine erziehende Function zu üben. Somit erscheint nicht blos der theoretische Obersatz, sondern auch der factische Untersatz, die fundamentale Voraussetzung jenes Princips als unrichtig, umsomehr der ganze Schluß.

VIII.

Wenn hiernach die theoretische Verwerflichkeit der falschen Antrags-

Digitized by Google

Fälle nachgewiesen sein dürfte, so ist damit noch nicht die zu begutachtende Frage entschieden:

ob sich eine Reducirung der Antragsdelicte des D. St. G. B. empfehle?

Man kann nämlich einwenden, und die volle Berechtigung dieses Einwandes ist anzuerkennen, daß eine Abänderung der einmal bestehenden Gesetzgebung erst dann sich empfiehlt, wenn zufolge der praktischen Handhabung eine solche Abänderung als ein dringendes Bedürfniß sich herausstellt. Dies aber ist, wie ich meine, auch entschieden der Fall.

Von vornherein liegt es schon in der Natur der Sache, daß alle die Gründe und Bedenken, welche gegen das exceptionelle Antrags-Recht überhaupt früher hervorgehoben sind, und auch bei den gerechtfertigten Antrags-Fällen in die Wirklichkeit treten, bei den falschen Antrags-Fällen mit um so schwererem Gewicht sich geltend machen müssen, als das Gegengewicht, das berechtigte Privat-Interesse an der Nichtverfolgung, hier gänzlich fehlt (oder wenn irgendwie als vorhanden angenommen, doch jedenfalls auf ein verschwindendes minus herabsinkt). In der That haben auch die Nachtheile, welche für die staatliche Rechtsordnung aus dem Antrags-Rechte und der folgeweise oft eintretenden Strafloſigkeit erwachsen, sich sehr bald in einem erschreckenden, schwerlich vom Gesetzgeber geahnten Umfange eingestellt, und drohen immer größere Dimensionen anzunehmen, wenn nicht die zu weit fortgeschrittene Gesetzgebung einen Rückschritt thut und in die richtigen Bahnen wieder einlenkt.

Zwar füllen die ungerechtfertigten Antragsfälle verhältnißmäßig wenige §§., aber praktisch sind sie weit erheblicher, von weit größerer Bedeutung in der Rechtspflege, als die gerechtfertigten. Namentlich bei den Vermögensdelicten von „Personen in Kost oder Lohn" und bei den Körperverletzungen, welche sozusagen das tägliche Brod der Staats-Anwaltschaften und der Strafgerichte bilden, zeigen sich die desfallsigen Unzuträglichkeiten, aber auch bei den übrigen falschen Antrags-Fällen treten sie immerhin erheblich genug hervor.

Es mag erlaubt sein, hier aus der Hannoverschen Praxis einige recht deutlich redende Beispiele anzuführen[12]), deren Zahl übrigens jeder Praktiker wird leicht vermehren können.

1) Mehrfache Fälle, wo die Verletzten aus Furcht vor Drohungen den Antrag zurückzogen.

---

[12]) Zum Theil nach den freundlichen Mittheilungen mehrerer Strafkammer-Präsidenten und Staatsanwälte aus der Provinz Hannover, welche ebenfalls durchgängig eine Beschränkung des Antrags-Instituts für erforderlich erklären.

Digitized by Google

2) Mehrfache Fälle, wo die Berechtigten den zurückgenommenen Antrag wiederholen zu wollen erklärten, weil das versprochene Lösegeld nicht bezahlt sei, während umgekehrt wieder andere Berechtigte trotz vorher gezahlten Lösegeldes treuloser Weise den Antrag nicht zurücknahmen und das Geld profitirten.

3) Ein reicher Bauer hatte ohne Grund in brutalem Uebermuth seinen Knecht rücklings mit einem Messer gestochen, so daß derselbe monatelang in Todesgefahr schwebte. In der öffentlichen Sitzung erhielt der Verletzte nach längerem Handeln eine Abfindung, nahm den Antrag zurück, und der Thäter trat ab, nicht ohne laut und öffentlich sich zu rühmen, wie rechtlich und billig er sich benommen habe.

4) Mehrfach zeigte es sich erst später, daß Körperverletzungen schwere Folgen nach sich zogen (Tod, Lähmung,) und wurde einstweilen in Ermanglung des Antrags die Justiz am Einschreiten verhindert, zum größten Nachtheile für die spätere Untersuchung. Bei dem einen Falle hatte sogar der Thäter (Fabrikarbeiter, kein Rechtskundiger!) als die Polizei ihn verhaften wollte, mittels eines Fünfthalerscheins in continenti den Verletzten zur Erklärung veranlaßt, keinen Antrag stellen zu wollen.

5) Ein Hausknecht hatte durch sechsjährige Unterschlagungen gegen den Dienstherrn sich ein Vermögen von 6000 Thlr. erworben, gestand aber nur Unterschlagungen zum Betrage von 1000 Thlr. ein. Beide einigten sich auf 2000 Thlr. gegen Zurücknahme des Antrages, und der Thäter blieb straflos.

6) Ein Handelslehrling hatte gleichsam gewerbsmäßig dem Principal Waaren gestohlen und im Bunde mit 6 — 8 Helfershelfern verkauft. Seine Eltern zahlten endlich die verlangte Summe, der Principal nahm den Straf-Antrag zurück, und der Lehrling, die Hauptperson, ging frei von dannen, während die von ihm verleiteten Genossen der Strafe verfielen.

7) Der Cassirer einer Actien-Gesellschaft hatte 5000 Thlr. unterschlagen, um sie mit einer Maitresse durchzubringen. Von der Direction wurde der Antrag gestellt, und nachdem dann aus der Familie möglichst viel heraus gepreßt war, zurückgenommen. Diese Zurücknahme erfolgte in derselben öffentlichen Gerichts-Sitzung, in welcher unmittelbar darauf ein armes Dienstmädchen, das 6 Thlr. zur Anschaffung nothwendiger Kleidungsstücke unterschlagen hatte, verurtheilt wurde, indem deren Dienstherr den Antrag aufrechterhielt.

Digitized by Google

8) Nach einander hatten drei Gesellen bei einem Meister gedient und ihn fortgesetzt bestohlen, und zwar so, daß der frühere jedesmal bei den Diebstählen des oder der nachfolgenden bald als Hehler, bald als Theilnehmer mitwirkte. Der Bestohlene nahm in der öffentlichen Sitzung den Antrag gegen zwei zurück, gegen den dritten nicht. Man male sich mit Rücksicht auf die concurrirenden Official-Delicte diese verzwickten Verhältnisse für die Verhandlung und Aburtheilung aus, und vergegenwärtige sich dabei die Gedanken und Gefühle des zuhörenden Publikums!

9) Ein Lehrling steckte das Haus seines Dienstherrn in Brand aus dem eingestandenen Grunde, weil letzterer bei dem Bestrafungsantrage wegen Unterschlagung beharrlich verblieb.

10) Ein Lehrling aus wohlhabender Familie stahl dem Dienstherrn einen Rock. Nach gestelltem Antrage verlangte der Dienstherr 1000 Thlr., preßte sie nach und nach auch wirklich heraus, und nahm nun den Antrag zurück.

Nach diesem Allen trage ich kein Bedenken, auszusprechen, daß die erwähnten falschen Antrags-Fälle sämmtlich aus dem D. Str. G. B. beseitigt werden müssen, um einen Zustand zu beenden, der geradezu als eine Calamität der Rechtspflege zu bezeichnen ist.

Wenn in strafrechtlichen Zeitschriften hie und da die praktische Bewährung des Antrags-Rechts ganz im Allgemeinen bezeugt wird, so greife ich schwerlich mit der Bemerkung fehl, daß sich dies nur auf die Privat-Anklage beziehen und seine einfache Erklärung in der mehrerwähnten Begriffs-Vermengung finden mag, wonach die günstigen Folgen der Privat-Anklage, ähnlich wie die Gründe, mißverständlich auf das Antrags-Recht übertragen werden, namentlich bei denjenigen Delicten, bei welchen Privat-Anklage und Antrags-Recht concurriren.

Nach Beseitigung der falschen Antrags-Fälle wird sich zeigen, daß wesentlich der gemeinrechtliche Zustand wiederhergestellt ist, und daraus dürfte rückwärts eine nicht geringe Bestätigung der hier verfochtenen Ansichten zu entnehmen sein, zumal bei einem Institute, welches gerade als ein Product criminal-politischer, praktischer Rücksichten sich im Laufe vieler Jahrhunderte herausgebildet hat.

Hier mag auch der Ort sein, eine oft gehörte Behauptung, insofern dieselbe einen Einwand bilden soll, als unzutreffend zurückzuweisen: daß nämlich die Denunciation (deren Unterlassung,) schon gleiche oder ähnliche böse Folgen, wie das Antrags-Recht nach sich ziehe. Einmal liegt in der Unvermeidlichkeit Eines Uebels oder Einer Ursache desselben offenbar kein Grund, ein zweites Uebel oder eine zweite Ursache desselben Uebels bestehen

Digitized by Google

zu lassen; andermal zeigt sich insofern ein höchst bedeutsamer Unterschied, als bei der unterlassenen Denunciation die Strafthat geheim bleibt, also weder die öffentliche Autorität, noch das allgemeine Rechtsbewußtsein geschädigt wird, während beim Antrags-Recht die größte Publicität der That herrschen kann.

Nur Eine Modification ist bei Aufhebung der falschen Antrags-Fälle zu statuiren resp. beizubehalten, die mit Rücksicht auf die Familien-Interessen keiner weiteren Motivirung bedürfen wird: daß nämlich überall ein Antrag erforderlich ist, wo die fraglichen erwähnten Delicte gegen Angehörige (Erzieher, Vormünder) verübt sind.

Wollte man gewissermaßen zu Transactionen sich verstehen, und einen Mittelweg zwischen Beibehaltung und Abschaffung aller ungerechtfertigten Antrags-Fälle einschlagen, d. h. bei den geringeren Fällen — unter Aufstellung etwa von Mittelstufen bei Körperverletzungen — das Antrags-Recht beibehalten, bei den erheblicheren es abschaffen, so würde man allerdings einen sehr großen, vielleicht den größten Theil der practischen Unzuträglichkeiten beseitigen, immerhin aber sowohl eine theoretische Unrichtigkeit im Str G. B., als auch einen Rest von practischen Uebelständen conserviren, außerdem alle jene leidigen Streitigkeiten in Theorie und Praxis wieder aufwecken, welche die Statuirung von Mittelstufen regelmäßig als Gefolge nach sich zieht. Wenn anders die hier verfochtenen Principien richtig sind und man doch einmal mit revidirender Hand in das Str. G. B. hineingreifen muß, dann soll man, wie ich meine, auch consequent verfahren und gründlich reine Bahn machen, indem man alle diejenigen Antrags-Fälle, kleine wie große, ausnahmslos wegnimmt, bei denen kein berechtigtes Privat-Interesse an der Nichtverfolgung vorliegt.

IX.

Ebensowenig glücklich wie bei der Festsetzung der Antrags-Fälle selbst, sind die Bestimmungen des Gesetzes über die Frist der Zurücknahme ausgefallen.

Die früheren Partikular-Gesetze stellten als Endtermin für die Frist der Zurücknahme verschiedene Momente hin, nämlich:

> erste gerichtliche Vernehmung des Beschuldigten, Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung, Verweisungsbeschluß, Beginn der mündlichen Verhandlung, Verkündigung eines Erkenntnisses, (bei der Privat-Anklage wegen Injurien: Beginn der Strafvollstreckung).

Der Entwurf zum D. St. G. B. wählte als regelmäßigen Endtermin die Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung und schließlich wurde in Folge der Beschlüsse des Reichstags als Endtermin gesetzlich statuirt:

Digitized by Google

1) regelmäßig die Verkündung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses (§. 64), ausnahmsweise:
2) in den Fällen der §§. 176, 177, (Unzucht, Nothzucht): die Erhebung der förmlichen Anklage bei Gericht; und
3) bei Beleidigungen im Falle der Privat-Anklage oder Privat-Klage: der Beginn der Strafvollstreckung (§. 194)[13]).

Dieser reguläre Endtermin muß für zu weit gesteckt erklärt werden.

Die im Entwurf enthaltene Bestimmung, daß der Antrag nach Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung (nicht schon der Voruntersuchung, Motive zum I. Entwurf S. 106) nicht mehr zurückgenommen werden könne, erscheint aus überwiegenden Gründen als die richtigere.

So lange die Sache in den Händen der Staatsanwaltschaft, die ja überhaupt ihrem Berufe gemäß erst die Erhebung oder Unterlassung der Anklage erwägt, oder im Stadium der Vorbereitung (Voruntersuchung) sich befindet, und es noch ungewiß ist, ob eine definitive gerichtliche Hauptverhandlung und Aburtheilung erfolgen oder die Sache durch Vorbeschluß begraben wird: kommt die Würde und der Ernst der Justiz noch nicht erheblich in Frage.

Wenn aber das Gericht als das urtheilende Organ der Strafgewalt des Staates, auf Anrufen der Staatsanwaltschaft, die Anklagesache definitiv an sich gezogen hat, wenn der Streit unter den Parteien eröffnet und in judicium deducirt ist, dann darf die Privat-Willkühr einer neben den Parteien stehenden dritten Person nicht mehr in das einmal zum Rollen gebrachte Rad der Justiz hemmend hineingreifen.[14])

Der Staatsanwaltschaft ist die Zurückziehung der erhobenen Anklage untersagt, dem Souverain ist das specielle Abolitions-Recht genommen, und der Privatmann sollte das zwischen Staat und Thäter obschwebende Strafverfahren unbeschränkt sistiren können, sei es mit, sei es ohne Zustimmung des Angeklagten?[15])

---

[13]) Der letzte Fall gehört correcter Weise weder in das Strafgesetzbuch, noch in das Antragsgebiet, da er sich lediglich auf die Privat-Anklage oder Privat-Klage bezieht und dabei begriffsmäßig von einem auch hier wieder damit vermengten Antrags-Rechte gar keine Rede sein kann.

[14]) Nach der D. St. P. O. würde der gerichtliche Beschluß der Eröffnung des Hauptverfahrens (§§. 159, 164) den kritischen Abschnitt bilden.

[15]) Das römische Recht verlangte bei der Popular-Anklage regelmäßig für die Zurücknahme eine justa causa (error, temeritas, calor) und verordnete die officielle Fortsetzung des Verfahrens, „si accusator pecuniis a reo corruptus ad postulandam abolitionem venit," wobei der Grundsatz ausgesprochen wird „redemtae miserationis vox minime admittatur." l. 2. C. IX. 42.

Digitized by Google

Die Zurücknahme des Antrags ist nur soweit zuzulassen, als in Consequenz des maßgebenden Grundprincips die ratio des Antrags-Rechts überhaupt reicht, d. h. soweit die Nachtheile der Fortsetzung des Verfahren für die berechtigten Interessen des Verletzten größer sein würden, als die Nachtheile der Einstellung für das Interesse der staatlichen Ordnung.

Von jedem Verletzten, der die Gerechtigkeitsorgane des Staates zur Bestrafung des Verletzers in förmlicher Weise anruft, kann Besonnenheit und Ueberlegung verlangt werden. Sollte er aber in Unbesonnenheit, in augenblicklicher Aufwallung sich übereilt haben, so bleibt für einen solchen Fall immerhin bis zur definitiven Eröffnung des Haupt-Verfahrens Zeit genug, zur ruhigen Ueberlegung zu gelangen und den Antrag zurückzuziehen. Außerdem gewährt die dreimonatige Antrags-Frist Raum genug zur Erwägung der Privat-Interessen und zur Abwicklung etwaiger Verhandlungen, die der Verletzte für ersprießlich halten mag.

Falls man aber die Eröffnung der gerichtlichen Untersuchung (des Hauptverfahrens) nicht als entscheidend annehmen will, so muß eventuell die öffentliche Hauptverhandlung selbst unter allen Umständen jenseits des Endtermins liegen, und darf nur bis zu deren Beginn die Zurücknahme des Antrags gestattet werden.

Wenn solche Scenen, wie beispielsweise obenerwähnt, vor dem Publikum, der Staats-Anwaltschaft und dem Gerichte (welches selten in der Lage ist, sie zu verhindern) sich abspielen, wenn öffentlich um das Lösegeld gefeilscht und gemarktet, und die Staats-Behörde ungescheut als Pressungs-Maschine benutzt wird, wenn der Gerichtssaal gleichsam, s. v. v., zu einem Marionetten-Theater herabsinkt, wo die Figuren nach dem Belieben des Antrags-Berechtigten agiren oder abtreten müssen, so bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß das Ansehen der Behörden und der Rechtspflege, überhaupt das sittliche und rechtliche Bewußtsein des Volkes, aufs Empfindlichste geschädigt wird. Der Beginn der Hauptverhandlung erscheint daher eventuell als der alleräußerste zulässige Termin, wie denn auch bereits in einigen Partikular-Rechten dieser Moment als Endtermin festgestellt war.

Selbst bei Injurien, wenn sie mittelst öffentlicher Anklage verfolgt werden, ist eine Ausnahme ungerechtfertigt, da hier die ratio des Antrags-Rechts wesentlich in dem Nachtheil der Publicität zu befinden ist, dieser Nachtheil aber mit der Hauptverhandlung schon eintritt, auch der angebliche Charakter der Strafe als Privat-Genugthuung keineswegs hinreichen würde, um dem Antrags-Berechtigten auf Kosten der höheren öffentlichen Interessen ein, über das Wesen und den Zweck des Antrags-Rechts weit hinausgedehntes Dispositionsrecht zuzuerkennen.

Sofern die Injurien mittels Privat-Anklage (oder -Klage) ver-

Digitized by Google

folgt werden, müssen die gewöhnlichen processualischen Regeln für Privat-Anklage überhaupt Platz greifen, und eine exceptionelle Behandlung (wie sie auch wieder in dem Entwurfe der D. St. P. O. §. 213 statuirt ist,) dürfte hier ebenfalls eines genügenden Grundes entbehren.

Wird demnach im öffentlichen Interesse eine zeitliche Beschränkung der Zurücknahme-Befugniß überhaupt für nothwendig gehalten, und dies ist ja allseitig der Fall, so erscheint die Eröffnung des Hauptverfahrens als der zweckmäßigste Moment, von welchem an die Zurücknahme nicht mehr gestattet ist, eventuell muß jedenfalls der Beginn der Hauptverhandlung selbst die Frist der Zurücknahme beendigen.

Nur eine Modification ist auch hier vorzuschlagen, nämlich bei den Antrags-Delicten unter Angehörigen. Hier empfiehlt es sich im höheren Interesse der geheiligten Familien-Bande, bis zur Verkündigung des auf Strafe lautenden Urtheils die Zurücknahme zu gestatten, zumal da die Gefahr eines Mißbrauchs fern liegt, und das Ansehen der Justizpflege nicht gefährdet wird, wenn auch erst in der öffentlichen Hauptverhandlung die Aussöhnung der Familien-Glieder, die Heilung der zerrissenen Familien-Bande erfolgt.

X.

Wie nun die Frage über die Zeit der Zurücknahme vorzugsweise in das Gebiet des materiellen Strafrechts, des Str. G. B., fällt, so mögen zwei andere Fragen: nämlich über die Befugniß der Staats-Behörden zu unaufschiebbaren Untersuchungshandlungen, und über den Kostenpunkt, streng genommen lediglich in das Proceßrecht gehören. Gleichwohl erscheint es als zweckdienlich, sie hier anzuregen und kurz zu erörtern, da die Bestimmungen über die Folgen des Antrags beziehungsweise der Zurücknahme ein Doppelgesicht haben, theils nach der materiell-strafrechtlichen, theils nach der strafprocessualischen Seite schauen, und beide Beziehungen im engsten Zusammenhange stehen, wie denn auch sicherlich die Gesetzgebung die nothwendige Revision des D. St. G. B. überhaupt mit der Schöpfung einer D. St. P. O. verbinden wird.

Was nun den ersten Punkt anbelangt, so muß im öffentlichen Interesse insofern eine Beschränkung des Antrags-Rechts für wünschenswerth erklärt werden, als der Staatsbehörde die Befugniß beizulegen ist, nach ihrem Ermessen die zur Sicherung des Beweises und der Verfolgung unaufschiebbar nothwendigen Maßregeln vorzunehmen. Der Antrag wird selten, namentlich bei den Verbrechen der §§. 176, 177, unmittelbar nach der That gestellt werden, und wie sehr das Aufschieben der nothwendigsten in continenti vorzunehmenden Schritte die spätere Untersuchung erschwert,

Digitized by Google

ja vereitelt, bedarf keiner näheren Ausführung. Es kann sich nur fragen, ob das berechtigte Interesse des Verletzten entgegensteht. Von allen Interesse-Gründen könnte nur die Rücksicht auf die Nachtheile der Publicität erheblich ins Gewicht fallen. Wenn man aber erwägt, daß das officielle Einschreiten ja nur durch Kundgebungen dritter Personen veranlaßt wird, also insofern eine gewisse Publicität doch schon eingetreten ist, daß nur die nothwendigsten Maßregeln erlaubt sein sollen und von dem vernünftigen Ermessen der Behörden hier ohnehin eine besondere Schonung zu erwarten steht, wenn man endlich erwägt, daß der (allenfalls ex officio zu benachrichtigende) Antrags-Berechtigte ganz nach seinem Belieben alle bisherigen Maßregeln wieder aufheben kann durch seine Erklärung, keinen Antrag stellen zu wollen: so wird eine solche gesetzliche Bestimmung schwerlich Bedenken erregen.

Während bei den Ermächtigungsfällen alle einleitenden Schritte gleich wie bei den Officialfällen erfolgen, würden hier nur die unaufschiebbaren Schritte vorzunehmen sein.

XI.

Schließlich den ferneren processualischen Punkt anbelangend: die Kostenfrage bei Zurücknahme des Antrags, so mag es bei dem jetzigen Zustande der Gesetzgebung freilich im Interesse des Staats als dringend wünschenswerth erscheinen, dem Antragssteller die Kosten aufzuerlegen.[16]) Wenn man aber hiervon eine irgend erhebliche Repression gegen die gröberen Mißbräuche des Antrags-Instituts erwartet, so ist diese Erwartung gewiß zu hoch gespannt. Beim Loskauf werden dann die Kosten mit in die Berechnung hineingezogen, und erhöht sich einfach der Preis noch um die Kosten als Zuschlag. Ein Hinderniß der Zurücknahme bildet dieser Punct erfahrungsmäßig nicht, sobald einmal unedle Motive die Herrschaft gewonnen haben.[17])

---

[16]) Eine derartige Vorschrift findet sich auch im Entwurf der D. St. P. O. §. 379.

[17]) Wenn vor einiger Zeit im Reichstage von einzelnen Miturhebern der Ausdehnung der Antrags-Fälle eine Schädigung des Rechtsbewußtseins im Volke, namentlich mit Rücksicht auf Körperverletzungen hervorgehoben, und der Grund dieser Schädigung theils in der langsamen Justiz, deren Strafverhängung auf die That folgen müsse, wie „der Donner auf den Blitz", theils in dem Kostenpunkte bei der Zurücknahme gefunden ist, so muß dagegen bemerkt wurden, daß einerseits gerade durch das Erforderniß des Antrags naturgemäß der sonst auch noch so schnelle Gang der Justiz gelähmt wird, andererseits das Volk hier nicht etwa wie eine Oberrechnungskammer denkt und empfindet, sondern sein Rechtsbewußtsein durch ganz andere Momente beschädigt fühlt, als durch die fiskalische Erwägung, daß Zeugengebühren dem großen Staatssäckel unnütz zur Last fallen.

Digitized by Google

Unter der Voraussetzung einer Reduction des Antrags-Instituts auf das richtige Maß erscheint im Gegentheil jene Bestimmung als verwerflich. Der Antrags-Berechtigte macht nur von einem ihm zustehenden Rechte Gebrauch; durch Stellung des Antrags werden nicht, wie durch die Privat-Anklage, seinerseits die Kosten des Verfahrens verursacht, und bei dem regelmäßigen Verlaufe und Zusammenhange der Sache kann ihm auch eine Zurücknahme nicht zum Vorwurfe, zu einer Schuld gereichen, zumal wenn edle sittliche Motive ihn leiten, (z. B. Aussöhnung von Familiengliedern) oder die Gründe der Zurücknahme erst später entstanden sind. Die Einwendung, daß die inzwischen erwachsenen Kosten in Folge der Zurücknahme fast unnütz aufgewandt seien, kann allein um so weniger entscheidend sein, als fast von vornherein gar nicht feststeht, auch nicht mehr festzustellen ist, ob unnütze Aufwendung und Zurücknahme wirklich im Causalzusammenhange stehen, ob beim Fortgange des Verfahrens der Angeklagte zur Kosten-Erstattung verurtheilt worden, eventuell, ob er dazu im Stande gewesen wäre. Nach strengem Recht ließe sich die Vorschrift nur rechtfertigen, wenn der Verletzte in doloser Weise gleich bei der Stellung des Antrags die Absicht gehabt, ihn später zurückzunehmen, und proceß-politisch ist sie als Repressiv-Maßregel zu unbedeutend, um aus diesem Gesichtspuncte die Ausübung eines Rechts mit Kosten zu belasten

Das Gefühl der Nothwendigkeit einer Reaction gegen die Uebertreibung des Antrags-Instituts hat, wie ich glaube, hier zu weit geführt.

Uebrigens bedarf es kaum einer Erwähnung, daß die angemessene materielle Erweiterung der Antrags-Fälle und die zu große Ausdehnung der Zurücknahme-Frist die Cardinal-Puncte aller Beschwerden bilden und die sonstigen hier behandelten Fragen verhältnißmäßig von sehr untergeordneter Bedeutung sind, sobald eben die falschen Antragsfälle im S.G.B. beseitigt werden und lediglich die richtigen Antrags-Fälle stehen bleiben, beziehungsweise die Zurücknahme-Frist reducirt wird.

XII.

Nach den vorstehenden Ausführungen ergiebt sich als Schluß-Resultat,

daß eine Beschränkung der Antrags-Fälle des D.St. G.B. dringend zu empfehlen ist,

und zwar speciell in folgenden Richtungen:

A. Als falsche Antrags-Fälle, d. h. als solche Delicte, bei denen das Antrags-Recht theoretisch ungerechtfertigt und praktisch unhaltbar, daher zu beseitigen ist, sind anzusehen:

Digitized by Google

1) die Körperverletzungen und zwar sämmtliche, vorsätzliche wie fahrlässige (§. 232.),
2) Diebstähle, Betrügereien, Unterschlagungen solcher Personen, welche sich in Lohn oder Kost der Verletzten befinden (§§. 247, 263),
3) die Sachbeschädigungen (§. 303),
4) der strafbare Eigennutz in den Fällen der §§. 88, 89,
5) Wild-Diebstahl (§. 292,) Fisch-Diebstahl (370[4], 296,) Naschdiebstahl (370[5]), Futter-Diebstahl (370[6]),
bei welchen Delicten unter 1, 3, 4, 5, jedoch dann ein Antrags-Recht zu statuiren ist, wenn sie gegen Angehörige (Erzieher, Vormünder) verübt sind.

B. Die Zurücknahme des Antrags ist nur bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens zulässig,
ausnahmsweise bei Antragsdelicten unter Angehörigen bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses.

Digitized by Google

XII.

Gutachten des Herrn Oberappellationsgerichtsrath Dr. John zu Lübeck

über die Frage:

I.

Sind die Antragsverbrechen überhaupt legislatorisch zu rechtfertigen?

Die Beantwortung dieser Frage setzt voraus, daß ein Zweifel darüber, was unter Antragsverbrechen zu verstehen sei, nicht existire. Diese Voraussetzung trifft aber meiner Ansicht nach nicht zu, vielmehr glaube ich, daß die Begriffsbestimmung der Antragsverbrechen noch keineswegs festgestellt ist. Und hierfür möchte ich mich zunächst auf dasjenige beziehen, was Geib (Lehrb. II. §. 83 a. S. 165) zur Charakterisirung der Antragsverbrechen beibringt. Hier heißt es:

> „bei Antragsverbrechen, d. h. bei sämmtlichen Verbrechen, deren Untersuchung und Bestrafung von dem Antrage oder der Klage des Verletzten abhängig gemacht ist (§. 61), fällt die Anwendung der Strafgesetze hinweg, sobald auf diesen Antrag oder auf diese Klage Verzicht geleistet wird."

Der in Bezug genommene §. 61 (S. 2 ff.) weist darauf hin, daß heut zu Tage in Folge richtigeren Verständnisses sowohl des Begriffes und Wesens des Verbrechens, als der Aufgabe und des Charakters des Staats,

Digitized by Google

das Strafrecht durchgängig als ein Theil des öffentlichen Rechts betrachtet werde. Unter den Folgen dieses öffentlichen Charakters des Strafrechts wird dann zunächst die angeführt, daß die verwirkte Strafe nicht an den durch das Verbrechen zunächst Verletzten, sondern an den Staat abzutragen sei, und daß ihre Geltendmachung überall von Amtswegen zu geschehen habe, und jeder Privateinfluß hier ausgeschlossen bleibe. Als Ausnahme von diesem aus der öffentlich rechtlichen Natur des Verbrechens folgenden Grundsatze heißt es dann weiter:

> „bei gewissen Verbrechen findet die gerichtliche Verfolgung nur unter der Voraussetzung statt, daß der erste Anstoß hierzu von dem Verletzten selbst — Klage, Antrag, Anzeige — ausgeht. Charakter dieser (von Wächter, Sächsisches Strafrecht S. 80 so genannten) Antragsverbrechen: dieselben — im Gegensatze zu den Privatverbrechen, wie diese besonders in dem früheren römischen Rechte (§. 12) so häufig gewesen waren — halten den öffentlichen Charakter des Strafrechts nicht blos in so fern fest, daß auch hier die verwirkte Strafe an den Staat abzutragen ist, sondern ebenso in so fern, daß selbst ihre gerichtliche Verfolgung, abgesehen von jenem ersten, durch den Verletzten zu gebenden Anstoße, dem Einfluße der Privatwillkühr, bald unbedingt, bald mindestens in höherem oder geringerem Grade (§. 83 a)*) entzogen bleibt, und die ganze Bedeutung der hierdurch bewirkten Ausnahme besteht also weniger in einer eigentlichen Beschränkung, als vielmehr in einer bloßen Modifikation der sonst geltenden allgemeinen Regel."

Daß diese Bemerkungen Geib's nicht ausreichend sind, um über den Begriff der Antragsverbrechen Klarheit zu gewinnen, wird einer ausführlichen Darlegung nicht bedürfen. Denn es steht wohl fest, daß da, wo ein Strafverfahren in Folge der Privatklage stattfindet, eben nicht von Amts wegen das Verbrechen verfolgt wird. Die Privatklage ist nicht blos „jener erste, vom Verletzten zu gebende Anstoß zur gerichtlichen Verfolgung", sondern es ist dieselbe nur die erste Handlung eines Strafverfahrens, zu welchen der Privatkläger nicht blos den ersten Anstoß giebt, sondern welches der Privatkläger vollständig durchführt. Und hieran wird ja auch dadurch nichts geändert, daß für den Staatsanwalt die Möglichkeit offen bleibt, seinerseits die Sache zu verfolgen, falls der Privatkläger die Verfolgung der Sache aufgegeben haben sollte; — denn in diesem Falle existirt das Verfahren auf Grund der Privatklage gar nicht mehr — auch

*) Ist die oben bereits angeführte Stelle.

Digitized by Google

nicht dadurch, daß der Staatsanwalt die durch Privatklage verfolgte Sache für sich arripirt (vergl. den ersten revidirten Entwurf einer deutschen Strafproceßordnung 1873 §. 310) — denn in solchem Falle schiebt die Staatsanwaltschaft durch ihre Erklärung, daß sie die Verfolgung der Sache übernehmen wolle, den Privatkläger, und mit ihm das Privatverfahren bei Seite, und setzt an dessen Stelle ein Officialverfahren. Ueberall aber, wo die Privatklage wirklich durchgeführt wird, da trifft es keineswegs zu, daß der Privatkläger zu dem Strafverfahren nur den ersten Anstoß gegeben habe, dieses selbst aber seiner Privatwillkühr entzogen bleibe. Denn der Privatkläger — und das ist doch das Entscheidende — bleibt dominus litis (vergl. den angeführten Entwurf einer deutschen Strafproceßordnung §. 305, 319), wenn auch immerhin der Umstand, daß es sich um eine Straffache handelt, die Veranlassung zu gesetzlichen Bestimmungen giebt, welche zum Zwecke der Wahrheitsermittelung die Immiscirung staatlicher Behörden für zulässig erklären. (Vergleiche den angeführten Entwurf §§. 301 — 303; 309.)

Wollte man aber andererseits den Begriff der Antragsverbrechen auf diejenigen Fälle beschränken, in welchen die gerichtliche Verfolgung der Verbrechen, abgesehen von dem durch den Strafantrag gegebenen ersten Anstoße, der Privatwillkühr des Antragsberechtigten entzogen bleibt, so würden von den Antragsverbrechen alle diejenigen Delicte ausgeschlossen bleiben, die auf dem Wege der Privatklage zu verfolgen sind, oder auch nur verfolgt werden können, und der Begriff des Antragsverbrechens würde auf diejenigen Fälle beschränkt bleiben, in denen in Folge des Strafantrages das Officialverfahren stattfindet. Mit Bezug auf die von dem Entwurfe zur deutschen Strafproceßordnung getroffenen Bestimmungen käme man damit freilich dazu, daß selbst ein in concreto bestimmtes Delict den Antragsverbrechen zuzuzählen sein würde, falls in Folge des Antrages das Officialverfahren einträte, daß dagegen, falls in Folge des Antrages der Staatsanwalt nicht einschritte und die subsidiäre Privatklage stattfände, das gleiche Delict als Antragsdelict nicht mehr gelten könnte.

Meine Absicht konnte es nur sein, darzuthun, daß mit Bezug auf den jetzt geltenden, sowie mit Bezug auf den Rechtszustand, welchen man durch die bevorstehende Gesetzgebung herzustellen gedenkt, die Begriffs-Bestimmung der Antragsverbrechen so, wie dieselbe von einem unserer bedeutendsten Criminalisten aufgestellt ist, nicht zutreffend erscheint. Daß man jedoch auf der Grundlage der Geib'schen Darstellung zu einer richtigen Begriffsbestimmung wohl gelangen kann, darauf wird weiter unten einzugehen sein.

In einer Arbeit, die allgemeine Anerkennung gefunden hat, stellt v. Bar (Goltdammer Archiv 23. XIX S. 644) als Formel, durch

Digitized by Google

welche die juristische Construction der Antragsverbrechen gegeben werden könnte, die folgende auf:

> „Bei gewissen Delicten ist die Strafgewalt des Staates nur dann gesonnen, strafend einzuschreiten, wenn das Bedürfniß der staatlichen Reaction gegen das Delict in dem zunächst interessirten Kreise (regelmäßig bei dem Verletzten) sich in bestimmter Weise (durch Stellung des Strafantrages) manifestirt hat."

Man könnte zweifeln, ob diese Formel wirklich eine juristische Construction der Antragsverbrechen darbietet, oder ob dieselbe sich nicht vielmehr darauf beschränkt, zu konstatiren, daß von dem positiven Rechte strafbare Handlungen anerkannt seien, welche nur auf Antrag verfolgt werden sollen. Es erscheint diese Formel aber auch um deswillen nicht klar zu sein, weil dieselbe nicht erkennen läßt, was unter der „staatlichen Reaction" verstanden werden soll. v. Bar will durch seine Formel „den sämmtlichen auf Antrag zu verfolgenden Delicten den Charakter öffentlicher Delicte wahren" — aber in soweit der Character eines öffentlichen Delictes davon abhängig ist, daß die Strafe vom Staate vollstreckt werde, daß namentlich auch die durch ein Antragsdelict verwirkte Geldstrafe immer nur der Staatskasse und nicht dem verletzten Antragsberechtigten zufließe, ist es ja wohl überall unbestritten, daß die Antragsdelicte den Character öffentlicher Delicte haben. Wenn man dagegen dem Ausdrucke „staatliche Reaction" einen weiteren, als den eben bezeichneten Inhalt geben will, so kann darunter nur noch verstanden werden, daß auch der Staat zum Zweck der Bestrafung des Antragsverbrechens, nachdem der Antrag gestellt ist, selbst procedire. Dann ergäbe sich für den Begriff der Antragsverbrechen, daß diejenigen Fälle, in denen in Folge einer Privatklage procedirt wird, zu den Antragsverbrechen nicht gehören können, mit einem Worte, es entstehen dann gegenüber der von Bar aufgestellten Begriffsbestimmung die gleichen Schwierigkeiten, wie dieselben bereits oben in Bezug auf die von Geib gegebene Definition ausgeführt worden sind.

In der Schrift von Nessel „die Antragsberechtigungen des deutschen Reichsstrafgesetzbuches" findet sich S. 9 unter der Ueberschrift „die processualische Natur der Antragsberechtigungen" folgender Satz vorangestellt:

> „die den verletzten Privatpersonen (vergleiche §. 102, 103, wo auch Antrag gefordert wird, aber nicht der Antrag einer Privatperson, sondern der Antrag einer Regierung) in Beziehung auf gewisse Delicte überhaupt und bei einzelnen Kategorien von strafbaren Handlungen in Ansehung bestimmter Uebertreter des Strafgesetzes gesetzlich eingeräumte Antragsberechtigung enthält eine auf

Digitized by Google

die bestimmt bezeichneten Fälle sich beschränkende Aufhebung des staatlichen Rechts: die begangene strafbare Handlung von Amtswegen zu verfolgen. Es handelt sich soweit um eine Ausnahme von der Regel."

Dieser Satz ist nun aber offensichtlich unrichtig. Denn es ist doch unbestreitbar, daß, wenn der Staatsanwalt in Folge des gestellten Antrages die Voruntersuchung beantragt, die Anklage erhebt u. s. w., es sich um ein Verfolgen von Amtswegen handelt. Von einer Aufhebung des staatlichen Rechts, die begangenen strafbaren Handlungen von Amtswegen zu verfolgen, könnte bei den Antragsverbrechen nur dann die Rede sein, wenn deren Verfolgung nur auf dem Wege der Privatklage zulässig wäre. Verwechselt ist das Verfahren von Amtswegen und die Voraussetzungen, welche in gewissen Fällen erfüllt sein müssen, damit ein Verfahren von Amtswegen stattfinden könne. Höchstens hätte also gesagt werden können: die gesetzlich eingeräumte Antragsberechtigung enthält eine Beschränkung des staatlichen Rechts, die begangene strafbare Handlung von Amtswegen zu verfolgen, und zwar besteht diese Beschränkung darin, daß nur in Folge des gestellten Antrages die Officialverfolgung stattfinden darf. Für Klarstellung des Begriffes der Antragsverbrechen würde hiedurch aber nichts gewonnen sein.

Berner weist in seinem Lehrbuche S. 324 auf die Veranlassungen hin, welche die Gesetzgebung zur Aufstellung der Antragsverbrechen bestimmt haben mögen: geringe Beeinträchtigung des allgemeinen Interesses und des öffentlichen Wesens; Zerstörung der Würde und Weihe der Familie; Schwierigkeit der Erbringung des Beweises ohne bereitwillige Mitwirkung des Verletzten. Vervollständigt sind diese Veranlassungen noch durch Schütze Lehrbuch S. 167.*) Aber so dankenswerth diese Hinweisungen an sich sind, so vermögen sie doch auf die Frage keine Antwort zu geben, welch

*) Die Rücksicht auf die schwer zu ziehende Grenze zwischen civilem und strafbarem Unrechte erscheint mir nicht als Veranlassung zur Aufstellung von Antragsverbrechen. Denn durch die für das Antragsverbrechen bestimmte Strafe hat sich das Gesetz dafür entschieden, daß durch die Begehung der fraglichen That strafbares Unrecht begangen werde. Wenn dann auch der Antragsberechtigte den Antrag nicht stellt, so verwandelt sich deswegen doch nicht das gesetzlich als strafbar anerkannte Unrecht in blos civiles Unrecht. Dagegen scheint eine Veranlassung zur Aufstellung der Antragsverbrechen übersehen zu sein, nämlich der, wenn auch aus nahe liegenden Gründen unausgesprochen gebliebene Wunsch der Gesetzgebung, daß bei einzelnen Delicten nur in selteneren Fällen gestraft werden möge. Der Deliquent gewinnt eine Chance dafür, daß er nicht werde bestraft werden. Und hierauf konnte sich die Ansicht stützen, daß ein Gesetz, welches zur Bestrafung einer Handlung den Antrag fordere, das mildere sei gegenüber demjenigen Gesetze, welches die gleiche Handlung ohne den voraufgegangenen Strafantrag verfolgen ließ.

Digitized by Google

ein Rechtsinstitut aus jenen gesetzgeberischen Veranlassungen entstanden sei.

Ich glaube, daß um zur Klarheit über den Begriff der Antragsverbrechen zu gelangen, es erforderlich ist, von folgendem Satze auszugehen:

> Es existirt überhaupt kein einheitlicher strafrechtlicher Begriff, unter welchem alle Antragsverbrechen subsumirt werden könnten. Die Thatsache, daß einzelne Verbrechen nur in Folge eines Antrages bestraft werden dürfen, ist lediglich ein rein äußerliches Symptom, welches aber auf zwei von einander vollkommen verschiedenen strafrechtlichen Principien beruht.
>
> Demnach wird es zwar möglich sein, zwei Begriffsbestimmuungen der Antragsverbrechen aufzustellen, aber unmöglich ist es, daß eine Begriffsbestimmung jemals genügen könnte.

Für die Begründung dieses Satzes ist es erforderlich, auf die historische Entwickelung des Strafrechts zurückzublicken. Im Sachsenspiegel finden wir I. 2, §. 4, die Vorschrift, daß der Bauermeister alle Ungerichte rügen solle, welche an Hals und Hand gehen, falls dieselben mittelst Klage vor Gericht nicht verfolgt werden. Der Zusatz ist noch gemacht, daß etwas Anderes der Bauermeister nicht rügen dürfe. — Will man den Gedanken, welchen diese Stelle enthält, in moderner Ausdrucksweise wiedergeben, so würde man sagen: Nach dem Sachsenspiegelrecht hat der Staat überhaupt nicht das Recht, principaliter einen strafrechtlichen Anspruch geltend machen zu können. Nur subsidiär steht ihm dies zu, falls die Privatklage nicht erhoben wird, und auch in diesem Falle nur in Betreff solcher Ungerichte, welche an Hals und Hand gehen. Principaliter hat vielmehr nur der Verletzte den ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruch geltend zu machen. Bei Ungerichten dagegen, welche nicht an Hals und Hand, sondern nur an Haut und Haar gehen, hat der Staat auch nicht einmal subsidiär einen Strafanspruch geltend zu machen, sondern der Verletzte allein ist es, welcher den ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruch gerichtlich geltend zu machen berechtigt ist. Das Gleiche ist auch dann der Fall, wenn es sich überhaupt nicht um ein „Ungericht", sondern lediglich um ein bußwürdiges Vergehen handelt. Das Strafrecht des Sachsenspiegelrechts ist somit ein Privat-Strafrecht; der Verletzte verfolgt mit der peinlichen Klage den ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruch, und nur subsidiär, in der oben angegebenen Beschränkung trat es zu Tage, daß auch, durch Begehung der schwersten Verbrechen, das öffentliche Interesse verletzt sei.*)

*) Durch das im Texte Gesagte soll nicht in Abrede gestellt werden, daß man sich zur Zeit des Ssp. des öffentlich-rechtlichen Charakters des Strafrechts bewußt

Digitized by Google

Vergleichen wir hiemit das Strafrecht der CCC. so hat dasselbe das Privat-Strafrecht keineswegs beseitigt. Freilich, wo in der CCC. von peinlichen Strafen die Rede ist, da ist auch (vergl. Art. VI.) dafür gesorgt, daß der strafrechtliche Anspruch in öffentlichem Interesse geltend gemacht werde. Aber der Gesichtspunkt des Privat-Verbrechens ist da der maßgebende geblieben, wo es sich nicht um peinliche, sondern um bürgerliche Bestrafungen handelt. Und dies war überall der Fall, wo in Folge der Rechtsgewohnheit ein bußwürdiges Delict, oder in Folge der Reception des Römischen Rechts eine Privatstrafe verfolgt wurde. So habe ich beispielsweise keinen Zweifel, daß wenn in Gemäßheit der CCC. Art. 157, 158 das duplum resp. das quadruplum in Folge des heimlichen oder offenen Diebstahls eingeklagt wurde, diese Klage immer nur als die Geltendmachung eines dem Kläger erwachsenen Rechts, und nicht als Klage von Amtswegen zu verfolgen war.

Es bedarf ja nun keines Wortes, um darzuthun, daß der Begriff des Privatverbrechens in der Weise, wie derselbe nach dem Strafrecht der CCC. bekannt war, in der heutigen Zeit nicht mehr existirt. Aber die Frage darf wohl aufgeworfen werden, ob denn der Begriff des Privatverbrechens derartig durch die neuere Rechtsbildung vernichtet worden ist, daß nicht wenigstens in dem geltenden Rechte Consequenzen aus demselben gezogen sind, die in gesetzlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätzen zu Tage treten? Und auf diese Frage würde ich nicht Anstand nehmen, die Antwort zu geben, daß der Begriff der Privatverbrechen dem heutigen Rechte noch keineswegs verloren gegangen ist; daß es gesetzliche Vorschriften, daß es Rechtsgrundsätze giebt, die schlechterdings unverständlich sein würden, wenn man sie nicht als Consequenzen des den Privatverbrechen zu Grunde liegenden Principes auffassen dürfte.

Zwar gegenüber dem älterem Rechte wird die Zahl dieser Privatverbrechen nur als eine überaus kleine sich darstellen. Denn wird auch

---

gewesen sei. Denn daß dies der Fall gewesen, zeigt sich für die bußwürdigen Delicte in dem Gewedde, und in dem für die zu Hals und Hand gehenden Ungerichte in der Anerkennung des Satzes, daß man durch Erduldung der Strafe sowohl die Buße wie auch das Gewedde tilge, aus welchem Satze dann unzweifelhaft zu folgern ist, daß auch der öffentlich-rechtliche Charakter der Strafe wohl erkannt ist. Die processualischen Rechtseinrichtungen waren aber, abgesehen von dem in dem Texte angegebenen Ausnahmefall derartig, daß dieses von der öffentlich-rechtlichen Natur der Strafe vorhandene Bewußtsein nicht zu Tage trat. Denn, ob die erkannte öffentlich-rechtliche Natur der Strafe zur praktischen Geltung kommen würde, hing eben davon ab, ob der Verletzte klagen würde. Die subsidiäre Rüge enthält zwar den Keim für die späterhin eintretende Aenderung der processualischen Rechtseinrichtungen; aber mehr als dieses wird man in ihr nicht erkennen mögen.

Digitized by Google

zur Zeit aus dem öffentlich-rechtlichen Charakter des Strafrechts nicht mehr die Consequenz gezogen, daß man den Staat ausschließlich durch die Begehung des Verbrechens für verletzt erachtet, anerkennt man es vielmehr, daß da, wo eine Privatperson durch eine verbrecherische Handlung beschädigt worden, auch gegen sie in verbrecherischer Weise gehandelt sei; so wird man doch, wie dies ja auch schon im älteren Rechte anerkannt worden ist, den Umstand, daß eine Privatperson durch ein Verbrechen verletzt wurde, nicht für ausreichend erachten, um das Vorhandensein eines Privatverbrechens anzunehmen; sondern man wird, wo durch verbrecherische Verletzung der Privatperson das öffentliche Interesse auch nur mittelbar in Mitleidenschaft gezogen erscheint, für die criminalistische Beurtheilung des Geschehenen wenigstens der Regel nach ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Gesichtspunct maßgebend sein lassen.*) Den Begriff der Privatverbrechen wird man dagegen nur auf solche Handlungen beschränken dürfen, von denn sich sagen läßt, daß durch sie die öffentliche Rechtsordnung überall nicht berührt erscheint. Darf aber angenommen werden, daß durch einzelne strafbare Handlungen die öffentliche Rechtsordnung überhaupt nicht verletzt sei, so wird man sich auch der Consequenz nicht verschließen dürfen, daß aus der Begehung solcher Handlungen nicht dem Staate als dem Vertreter der öffentlichen Rechtsordnung, sondern nur der angegriffenen Privatperson ein strafrechtlicher Anspruch erwachsen sei.

Man wird nun vielleicht, im Hinblick auf die Beleidigungen, die leichten Körperverletzungen, das unbefugte Fischen und Krebsen u. s. w. zuzugeben geneigt sein, daß durch diese Handlungen die Rechtsordnung über die Persönlichkeit des Verletzten hinaus nicht in Mitleidenschaft gezogen erscheine, dessenungeachtet aber die Behauptung aufrecht erhalten, daß der Begriff des Privatverbrechens auch für Handlungen dieser Art um deswillen verworfen werden müsse, weil die auf dieselben gesetzte Strafe eine

*) Daß auch unter solchen Verhältnissen es möglich ist, die strafrechtliche Verletzung der Privatperson und die strafrechtliche Verletzung der öffentlichen Rechtsordnung auseinander zu halten, zeigt das ältere deutsche Recht, indem es Gewedde und Buße als Folge derjenigen Vergehen, welche nicht zu den Ungerichten gehören, eintreten läßt, und in der Strafe an Leib und Leben sowohl das Moment der Buße wie auch das des Geweddes anerkennt. Auch in dem heute geltenden Recht ist diese Sonderung wenigstens durch zwei Arten von Vorschriften anerkannt, nämlich erstens durch die Zulassung der Forderung einer Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen, und sodann bei denjenigen Vorschriften, welche auf die Einwilligung des Verletzten Rücksicht nehmen (St. G. B. §. 216, 218 Abs. 2). Denn die Strafdifferenz, welche dadurch bedingt wird, ob der Verletzte seine Einwilligung gegeben oder nicht gegeben hat, läßt sich nur daraus erklären, daß die öffentliche Rechtsordnung zwar in beiden Fällen, daß aber die einzelne Person dann nicht als verletzt anzusehen sei, wenn die Verletzung mit ihrem Willen erfolgte.

Digitized by Google

öffentliche und keine Privatstrafe sei. Doch dürfte dieser Einwand nicht durchschlagend sein. Es ist nämlich festzuhalten, daß mit Bezug auf den heutigen Rechtszustand, nachdem sonstige Privatstrafen, wie Ehrenerklärung, Widerruf u. s. w. überhaupt beseitigt sind, nur noch die Geldstrafe als die einzige Privatstrafe in Betracht kommen könnte. Wenn nun bestimmt wird, daß die Geldstrafe in keinem Falle eine Privatstrafe, sondern immer eine öffentliche Strafe sein solle, so heißt dies dem practischen Resultate nach nichts anderes, als daß der Betrag der Geldstrafe nicht in die Tasche des Verletzten, sondern in die Staatskasse fließen solle. Um diese Anordnung zu rechtfertigen, dazu genügten nahe liegende Motive — (es ist zu vermeiden, daß die Erduldung eines strafbaren Unrechts zum Zwecke eines Vermögensvortheils ausgenutzt werde; es soll die Bestrafung und die in Folge des begangenen Delicts entstandene Entschädigungspflicht auseinander gehalten bleiben; es ist erforderlich, daß im Falle des Unvermögens des Verurtheilten an Stelle der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe trete, deren Vollstreckung ja selbstverständlich nur durch die staatlichen Behörden stattfinden kann) — Motive, deren Realisirung zwar die Beseitigung der Privatstrafe, nicht aber das Resultat zur Folge haben konnten, daß auch die Natur des zu bestrafenden Delictes den Charakter eines Privatdelictes verlor. Vielmehr wird man sagen dürfen, daß, abgesehen von dem Wegfall der Privatstrafe, der Charakter des Privatdelicts bestehen geblieben ist. Und dies ergiebt sich daraus, daß bei Delicten dieser Art es nicht nur der Privatwillkühr anheim gegeben ist, ob dieselben verfolgt werden, sondern daß es auch von der Persönlichkeit des Verletzten abhängt, ob die begonnene Verhandlung fortgeführt, oder ob dieselbe abgebrochen, ob die rechtskräftig erkannte Strafe vollstreckt, oder ob sie nicht vollstreckt wird. Die Gesammtheit dieser Erscheinungen ist bei Annahme des öffentlich-rechtlichen Charakters des Delicts unverständlich, während alles dieses selbstverständlich ist, sobald man davon ausgeht, daß das fragliche Delict, abgesehen von dem Ersatz der Privatstrafe durch eine öffentliche Strafe, in jeder Beziehung die Natur eines Privatdelictes beibehalten hat.

Als Folgerung aus dem Begriff des Privatdelictes würde sich aber auch für das processualische Verfahren die Consequenz ergeben, daß nicht die staatliche Behörde die von dem Verletzten verlangte Strafverfolgung übernimmt, sondern daß es dem Verletzten selbst zu überlassen ist, das ihm widerfahrene Unrecht auf dem Wege der Privatklage zu verfolgen. Ist dies der Fall, so würden in Wahrheit die staatlichen Behörden mit Delicten dieser Art absolut nichts weiter zu thun haben, als daß sie auf Verlangen des Privatklägers eine von diesem erstrittene rechtskräftig er-

Digitized by Google

kannte Strafe zu vollstrecken hätten. Der „Antrag“ des Verletzten kommt demnach auch gar nicht in Betracht, um die Verfolgung des Delicts, oder um die richterliche Festsetzung der Strafe herbeizuführen — denn es ist doch etwas anderes, ob ich beantrage, daß etwas geschehe, oder ob ich dasjenige, was geschehen soll, selbst thue —, sondern es bleibt der „Antrag“ lediglich darauf beschränkt, daß die rechtskräftig erkannte Strafe vollstreckt werde. Delicte dieser Art würden daher — unter Voraussetzung, daß sie nur auf dem Wege der Privatklage zu verfolgen wären, auch nur „Antragsdelicte in Bezug auf die Strafvollstreckung“, nicht aber „Antragsdelicte in Bezug auf die Strafverfolgung“ sein. Falls jedoch die Strafproceßgesetzgebung bei Delicten dieser Art die Strafverfolgung durch die staatlichen Organe auch nur gestattet, so würde sich allerdings der „Antrag“ auch auf die Strafverfolgung mit beziehen. Der Sache nach aber wird auch in diesem Falle festzuhalten sein, daß die in Folge eines solchen Antrages thätig werdende Staatsanwaltschaft nur dasjenige thut, was der Verletzte auch im Wege der Privatklage hätte durchführen können. Der Staatsanwalt tritt dann eben nur an Stelle der durch das Delict verletzten Privatperson, ohne daß hiedurch weder an der rechtlichen Natur des Delicts, noch auch an der aus der rechtlichen Natur desselben für den Verletzten sich ergebenden Rechten irgend etwas geändert würde. Der Verletzte bleibt daher auch, selbst wenn seine Sache von dem Staatsanwalte geführt würde, die durch diesen vertretene Proceßpartei, der es zusteht, nach ihrem Belieben das Verfahren aufhören, sowie die erkannte Strafe vollstrecken oder nicht vollstrecken zu lassen. Da indessen eine derartige Vertretung einer Privatperson durch den Staatsanwalt mit der Stellung des letzteren nicht wohl vereinbar ist, so wird es geboten erscheinen, aus der Natur des Privatdelicts auch die Consequenz zu ziehen, daß die strafrechtliche Verfolgung derselben ausschließlich auf dem Wege der Privatklage stattzufinden habe.

Dem Vorstehenden entsprechend würde sich folgende Begriffsbestimmung der Antragsdelicte ergeben:

> Antragsdelicte sind solche Delicte, aus deren Begehung lediglich der Person des Verletzten ein strafrechtlicher Anspruch entsteht, und deren Verfolgung durch den Staat nur dann statthaft wird, wenn dieser durch den Verletzten hierzu durch Stellung des Antrags autorisirt worden ist.

Es soll die Frage, welche von den Antragsdelicten des Deutschen Strafgesetzbuches unter die so eben aufgestellte Begriffsbestimmung zu sub-

Digitized by Google

sumiren sein möchten, weiter unten speciell erörtert werden. Im Allgemeinen wird es auch ohne weitere Beweisführung klar sein, daß nur wenige Antragsdelicte zu dieser Kategorie gehören, während die bei weitem größte Anzahl derselben mit dem Begriffe der Privatverbrechen nichts gemeinsam hat, sich vielmehr durchaus als öffentliche, gegen die allgemeine Rechtsordnung gerichtete, Verbrechen charakterisirt.

Den historischen Ausgangspunkt für diese zweite Kategorie von Antragsverbrechen dürfen wir erst in der Zeit suchen, in welcher das Bewußtsein von der öffentlich-rechtlichen Natur der Verbrechen durch diejenigen Rechtseinrichtungen zu Tage getreten war, welche es dem Staate ermöglichten, nicht blos subsidiär, falls die Klage des Verletzten nicht stattgefunden, sondern als selbstberechtigtes Subject die begangenen Verbrechen zu verfolgen. Da in dem Processe der CCC. der Richter von Amtswegen gegen den Verbrecher einschreiten, und ebenso auch die Obrigkeit durch die von Amtswegen erhobene Klage die Verbrechen verfolgen konnte, so waren damit diejenigen processualischen Einrichtungen getroffen, welche dem Gedanken, daß durch das Verbrechen die öffentliche Rechtsordnung verletzt sei, thatsächlichen Ausdruck verliehen. Wenn nun die CCC. an einzelnen Stellen (Art. 118—120 — Entführung, Nothzucht, Ehebruch — und Art. 165 — „so eyner auss leichtuertigkeyt oder vnuerstandt ettwas heymlich nem von güttern, der er sunst eyn nechster erb ist —“) das Klagen und Strafen von Amtswegen ausschließt, vielmehr die Verfolgung und Bestrafung von der Klage des Verletzten abhängig macht, so dürfen wir in diesen Vorschriften der CCC. den historischen Anknüpfungspunkt für die dem heutigen Rechte angehörenden Antragsverbrechen mit öffentlich-rechtlichem Charakter allerdings anerkennen. Doch ist es vielleicht auch für das Verständniß des heutigen Rechts nicht ganz gleichgültig, darauf hinzuweisen, was im Sinne der CCC. durch diese Vorschriften bewirkt wurde. Der Strafproceß der CCC. kannte doch als Veranlassung des Verfahrens das Einschreiten des Richters von Amtswegen, oder in Folge einer beim Richter erhobenen Klage welche letztere entweder die Klage einer Privatperson oder die Klage, eines Klägers von Amtswegen war. Daß eine dieser Arten, das Verfahren zu veranlassen, vor der anderen den Vorzug gehabt habe, läßt sich nicht nachweisen, ebenso wenig wie irgend etwas dafür angeführt werden kann, daß die CCC. die öffentlich-rechtliche Natur der peinlichen Verbrechen nur dann anerkannt hätte, wenn die Verfolgung derselben von Amtswegen, nicht aber dann, wenn die Verfolgung auf Grund der Anklage der Privatperson stattfand. Auch in diesem Falle handelte es sich im Sinne der CCC. um die Verfolgung eines öffentlich-rechtlichen Verbrechens, wie dies schon daraus sich ergiebt,

Digitized by Google

daß die CCC. solche Verbrechen, in Betreff deren die Veranlassung des Strafverfahrens durch Erhebung der Klage seitens des Privatklägers ausgeschlossen wäre, überhaupt nicht kennt. Auch wird es eines weiteren Beweises dafür nicht bedürfen, daß der Strafproceß der CCC. dann, wenn derselbe durch den Privatkläger veranlaßt wurde, im Wesentlichen kein anderer war, als wenn ein Kläger von Amtswegen, oder wenn das amtliche Einschreiten des Richters das Verfahren veranlaßte.*) Hält man dieses fest, so ergiebt sich, daß jene Vorschrift der CCC., in Folge deren bei einzelnen Verbrechen die Verfolgung von Amtswegen ausgeschlossen wurde, bei weitem nicht die Tragweite hatte, um auf dieselben Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze stützen zu können, wie dieselben in dem heutigen Rechte auch für die Antragsverbrechen öffentlich-rechtlichen Charakters behauptet werden. Denn nichts weiter wurde durch jene Vorschrift der CCC. bewirkt, als daß bei den bezeichneten Verbrechen nicht jede, sondern nur eine Veranlassungsart des Strafprocesses, nämlich die mittelst der Privatklage, stattfinden solle. Diese Bestimmung bewirkte aber durchaus nicht, daß das betreffende Verbrechen seines öffentlich-rechtlichen Charakters, oder daß der Strafproceß, wenn er einmal seinen Anfang genommen hatte, nicht als ein im öffentlichen Interesse geführter Proceß angesehen worden wäre. Denn ob die Klage seitens der Privatperson wegen Diebstahls, Raub oder Mord, oder ob die Klage wegen eines der heut sogenannten Antragsverbrechen der CCC. erhoben wurde, war ja vollkommen gleichgültig. Und in allen diesen Fällen ergab sich als Folge der seitens der Privatperson erhobenen Klage, daß der Kläger, nachdem er die Klage beim Richter angebracht, aufhörte, dominus litis zu sein, daß vielmehr die Sache von dem Richter ex officio weiter fortgesetzt wurde, daß der Kläger, nachdem er seine Klage erhoben und begründet, abgesehen von Einzelheiten, im Wesentlichen aus dem Proceß ausschied, und in keiner Weise die Stellung einer den Proceß beherrschenden Partei einnahm.**) Wollte man daher die Antragsverbrechen des heutigen Rechts in dem Sinne behandeln, in welchem die CCC. ihre in Art. 118—120, 165 getroffenen Vorschriften behandelt wissen wollte, so würde man zu sagen haben, daß bei den Antragsverbrechen der Antragsberechtigte zwar über den Beginn oder Nicht-Beginn zu entscheiden vermöge, daß ihm aber jede Dispositionsbefugniß über den in Folge seines Antrages begonnenen Proceß abgesprochen werden müsse.

*) Vergl. meine Darstellung des Strafproceßrechts in v. Holtzendorff's Encyklopädie II. Auflage S. 724. f.

**) Die Belagstellen hiefür habe ich in meiner in der vorigen Note angeführten Schrift a. a. O. beigebracht.

Digitized by Google

Sind nun von den Antragsverbrechen des heutigen deutschen Strafrechts die meisten solche, welche öffentlich-rechtlichen Charakters sind, so wird von diesen Antragsverbrechen auch behauptet werden müssen, was von jedem Verbrechen öffentlich-rechtlichen Charakters zu behaupten ist, daß nämlich der durch Begehung eines solchen Verbrechens entstandene strafrechtliche Anspruch *nicht dem Verletzten, sondern dem Staate erworben sei.*

Wollte man nun sagen: Zwar ist durch die Begehung des Verbrechens dem Staate ein strafrechtlicher Anspruch entstanden; aber es darf der Staat diesen ihm entstandenen Anspruch nur geltend machen, wenn er hierzu von einer Privatperson die Erlaubniß erhält, so würde dies einem juristischen Undinge sehr nahe stehen. Denn derjenige, welcher das Recht hat, einen Rechtsanspruch zu verfolgen, hat selbst darüber zu entscheiden, ob er denselben verfolgen wolle oder nicht; und keineswegs kann die Entscheidung dieser Frage in die Willkür eines Dritten gestellt werden, weder überhaupt, noch speciell, wo es sich um einen dem Staate zustehenden strafrechtlichen Anspruch handelt, den zu verfolgen der Staat ja nicht blos das Recht, sondern im allgemeinen Interesse auch die Pflicht hat. Daß ein erworbener Rechtsanspruch nicht verfolgt werden solle, das kann immer nur die Folge des Verzichts des Berechtigten, nicht aber die Folge der Willensbestimmung eines Dritten, Nichtberechtigten, sein.

Es wird demnach auch für die richtige Auffassung der ihrem Wesen nach öffentlich-rechtlichen Antragsverbrechen davon auszugehen sein, daß der Staat selbst auf die Geltendmachung des ihm durch die Begehung des Verbrechens entstandenen strafrechtlichen Anspruches *verzichten* wolle, falls der durch das Verbrechen unmittelbar Verletzte die Nichtverfolgung des Verbrechens als in seinem Interesse liegend erachten sollte. Zweierlei ist dann bei dieser Auffassung zu bemerken:

1. Daß genau genommen seitens des Verletzten nicht der Antrag auf Verfolgung, sondern im Gegentheil der Antrag auf *Nicht*-Verfolgung zu stellen wäre. Doch würde dies nur eine andere Form für die gleiche Sache sein. Denn geringfügige Interessen des Verletzten werden es nicht sein können, welche den Staat dazu bestimmen, auf den ihm zustehenden strafrechtlichen Anspruch zu verzichten und dadurch die öffentlichen den Privat-Interessen unterzuordnen. Wenn es aber nur die gewichtigsten Privat-Interessen sein dürfen, welche einen derartigen Verzicht des Staates zu rechtfertigen vermöchten, so darf auch seitens des letzteren angenommen werden, daß der Verletzte beim wirklichen Vorhandensein derartiger Interessen präsumtiv die Bestrafung nicht wollen werde, und als Consequenz dieser Annahme würde sich dann ergeben, daß der Antrag auf *Nicht*verfolgung präsumirt, und diese Präsumtion nur dann als nicht maß-

Digitized by Google

gebend zu erachten sei, wenn der Verletzte durch eine ausdrückliche Erklärung es zu erkennen giebt, daß diejenigen Interessen, welche durch die Strafverfolgung im Allgemeinen verletzt werden würden, im concreten Falle nicht existiren. Der Strafantrag des Verletzten ist dann auch nicht dahin aufzufassen, daß durch denselben erst der strafrechtliche Anspruch des Staates entstehen könnte, sondern es ist in demselben nur die Erklärung zu erblicken, daß der Verletzte an der Nichtverfolgung kein Interesse habe. Daß diese Erklärung factisch die gleichen Resultate hat, wie der Antrag auf Verfolgung, und daß dieselbe daher auch in der Form dieses Antrages abgegeben werden kann, ergiebt sich daraus, daß beim Fortfall derjenigen Privat-Interessen, welche den Staat zum Verzicht auf die Geltendmachung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches veranlassen konnten, der alleinige Grund für einen solchen Verzicht wegfällig geworden ist, und damit der Staat in die Lage kommt, seiner Verpflichtung, die ihm entstandenen strafrechtlichen Ansprüche zu verfolgen, nachkommen zu müssen.

2. Wenn der Staat auf die Geltendmachung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches privater Interessen wegen Verzicht leisten zu wollen erklärt, so ist es einleuchtend, daß dies sich nur dann rechtfertigt, wenn das private auf Nichtverfolgung des begangenen Verbrechens gerichtete Interesse nicht nur ein an sich bedeutendes, sondern auch ein derartig hervorragendes ist, daß es gegenüber dem die Verfolgung heischenden Interesse als das gewichtigere sich darstellt. Soll es daher zulässig erscheinen, daß jener Verzicht bezüglich der Verfolgung der dem Staate entstandenen strafrechtlichen Ansprüche ausgesprochen werde, soll es, was ja dasselbe bedeutet, gestattet sein, die Verfolgung von Verbrechen öffentlich-rechtlichen Charakters von dem Antrage des Verletzten abhängig zu machen, so würde hierzu noch keineswegs der Nachweis irgend eines vorhandenen Conflicts zwischen den Privat-Interessen, welche die Nichtverfolgung, und den allgemeinen Interessen, welche die Verfolgung verlangen, für ausreichend zu erachten sein, sondern es müßte auch der Nachweis geführt werden, daß gegenüber den allgemeinen jene Privat-Interessen als die berechtigteren erscheinen. Denn wäre nur die Gleichberechtigung beider mit einander in Conflikt tretenden Interessen dargethan, so würde meiner Ansicht nach nicht daran zu zweifeln sein, daß die allgemeinen Interessen, eben um dieser ihrer Eigenschaft willen, als die maßgebenden angesehen werden müßten.

Legt man nun die vorstehenden Betrachtungen zu Grunde, so ergiebt sich als Begriffsbestimmung der Antragsverbrechen die folgende:

> Antragsverbrechen sind solche Verbrechen, aus deren Begehung dem Staate ein strafrechtlicher Anspruch entsteht, auf dessen Geltendmachung derselbe jedoch

Digitized by Google

im Interesse der verletzten Privatperson verzichtet, falls nicht durch Stellung des Antrages auf Verfolgung der Grund zu diesem Verzichte fortfällt.

Ob die vorstehenden Begriffsbestimmungen der Antragsverbrechen richtig sind, wird sich ergeben, wenn wir mit denselben die Probe anstellen. Dies geschieht dadurch, daß wir es versuchen, die hauptsächlichsten Controversen, welche innerhalb des Gebietes der Antragsverbrechen entstanden sind, auf der Grundlage jener Begriffsbestimmungen zur Entscheidung zu bringen.

1. Zurücknahme des Strafantrages. Handelt es sich um ein Antragsverbrechen, aus dessen Begehung lediglich dem Verletzten ein Strafanspruch entstanden ist, so ist die Zurücknahme des Strafantrages jederzeit zulässig. Denn der Umstand, daß es ausschließlich der Verletzte ist, dem durch Begehung des Delicts der strafrechtliche Anspruch entstand, kann dadurch nicht beseitigt werden, daß in Folge der Autorisation des Verletzten der Staat die Geltendmachung dieses Anspruches übernommen hat. Die Grenze für die Befugniß der Zurücknahme des Antrages tritt erst mit dem Beginn der Strafvollstreckung ein, da es sich hierbei — wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Strafe — um eine der Privatwillkür entzogene Maßregel handelt. Wenn dagegen in Folge des Strafantrages die Verfolgung eines Verbrechens begonnen hat, aus dessen Begehung dem Staate ein strafrechtlicher Anspruch entstanden ist, so ist, nachdem einmal das Verfahren begonnen hat, die Zurücknahme des Strafantrages überhaupt nicht mehr zulässig. Denn in Fällen dieser Art bedeutet ja der Strafantrag nichts anderes, als die Erklärung, daß für den concreten Fall diejenigen Privatinteressen nicht existiren, um deren willen der Staat auf die Geltendmachung des ihm aus der Begehung eines Verbrechens dieser Art entstehenden Strafanspruches verzichten wollte. Eine derartige Erklärung aber läßt mit dem Fortfall des Grundes zu jenem Verzichte des Staates die Pflicht desselben zur Strafverfolgung entstehen. Das Verfahren, welches in diesem Falle seinen Lauf nimmt, ist lediglich ein im öffentlichen Interesse begonnenes, auf welches der Verletzte, da es sich ja nicht um die Verfolgung eines ihm erwachsenen strafrechtlichen Anspruches handelt, einen weiteren Einfluß nicht zu äußern vermag. Möglich ist es zwar, daß der Verletzte erst, nachdem er den Antrag gestellt hat, sich überzeugt, daß er sich geirrt habe, als er annahm, daß seine Interessen durch die Verfolgung des an ihm begangenen Verbrechens nicht verletzt werden würden. Kommt ihm diese Erkenntniß, ehe noch das eigentliche Strafverfahren begonnen, so wird es ihm zu gestatten sein, den Antrag noch zurückzuziehen; hat dagegen das Verfahren bereits seinen Lauf genommen, so

Digitized by Google

wird festzuhalten sein, daß ein im öffentlichen Interesse begonnenes Verfahren der Privatwillkür entzogen bleiben müsse. Ob man nun den Beginn des eigentlichen Strafverfahrens mit dem Anfange staatsanwaltlicher Ermittelungen, oder erst mit dem Antrage auf Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung, oder erst mit Erhebung der Anklage vor dem erkennenden Gerichte als eingetreten annehmen will, das hängt von processualischen Anschauungen ab, die man so oder so entscheiden mag, die aber, wie man sie auch entscheiden mag, auf den Begriff der Antragsverbrechen und auf die Entscheidung der speciell hier besprochenen Controverse einflußlos bleiben.

2. Ist es zulässig zu strafen, wenn die Verfolgung eines Verbrechens stattgefunden, welches zu den Antragsverbrechen nicht gehört, und erst im Laufe des Verfahrens es sich zeigt, daß das verfolgte Verbrechen ein Antragsverbrechen sei? Es darf hier an zwei Erkenntnisse des Preuß. Obertribunal's angeknüpft werden. Das eine vom 10. Mai 1871*) bejaht diese Frage, das andere vom 31. Mai 1872**) verneint dieselbe. Im ersteren Falle handelte es sich um eine Anklage aus St. G. B. §§. 223, 226, und nach dem Ergebniß der mündlichen Verhandlung fiel durch den Spruch der Geschworenen der in §. 226 enthaltene erschwerende Umstand fort, so daß nur noch in Frage blieb, ob aus §. 223 zu strafen sei, obwohl ein Antrag auf Bestrafung nicht gestellt war. Das Obertribunal entschied, daß wegen der Körperverletzung in Gemäßheit des §. 223 zu strafen sei, obwohl ein Antrag auf Bestrafung nicht vorliege, eine Entscheidung, welche, und zwar ebenfalls in Bezug auf St. G. B. §§. 223, 226, durch Erkenntniß vom 15. Dez. 1871 wiederholt wurde. Im letzteren Falle handelte es sich dagegen um eine Anklage aus §. 164 (falsche Anschuldigung), und im Laufe des Verfahrens ergab sich, daß nicht falsche Anschuldigung, sondern verläumderische Beleidigung vorläge. Es erkannte das Ob. Trib. in diesem Falle, daß, da es an dem Antrage fehle, eine Bestrafung nicht auszusprechen sei.

Es ist ja nun an dieser Stelle nicht die Aufgabe, zu untersuchen, ob die Vorschrift des St. G. B. §. 61 zu der einen oder zu der anderen Ansicht führen mußte. Hier handelt es sich nur um die Frage, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn die oben aufgestellten Begriffsbestimmungen der Antragsverbrechen der Entscheidung zu Grunde gelegen hätten. Von diesem Standpunkte aus wird man aber zu sagen haben, daß jede der getroffenen Entscheidungen richtig war. Denn die Injurien, von welchen St. G. B.

*) Goltdammer's Archiv XIX. S. 455 (vergl. auch ebenda S. 802).
**) Goltdammer's Archiv XX. S. 252.

Digitized by Google

§§. 186, 187 handelt, werden zu denjenigen Antragsdelicten zu zählen sein, aus deren Begehung lediglich der Person des Verletzten ein strafrechtlicher Anspruch entsteht, und deren Verfolgung durch den Staat nur dann statthaft wird, wenn letzterer durch den Verletzten hierzu durch Stellung des Antrages autorisirt ist. Eine derartige Autorisirung des Staats, den dem Verletzten entstandenen strafrechtlichen Anspruch zu verfolgen, lag aber nicht vor, und in Folge dessen war, entsprechend der juristischen Natur dieses Antragsdelictes, jede weitere Verfolgung der Sache ausgeschlossen.*) Ganz anders verhält sich dagegen die Sache, wenn eine Körperverletzung vorliegt, welche zwar entsprechend der thatsächlichen Feststellung nur nach §. 223 zu bestrafen ist, die aber Veranlassung zu einer auf §. 223 und §. 226 gestützten Strafverfolgung gegeben hat Eine solche Körperverletzung läßt sich unmöglich als ein Delict auffassen, aus dessen Begehung nur dem Verletzten ein strafrechtlicher Anspruch entstanden sei. Höchstens also könnte es in Frage kommen, ob es gerechtfertigt ist, auf die Verfolgung des aus solchen Körperverletzungen dem Staate entstandenen strafrechtlichen Anspruches im Interesse des Verletzten zu verzichten. Sollte indessen diese Frage, auf welche weiter unten noch näher einzugehen ist, zu bejahen sein, so müßte doch immer gesagt werden, daß das Privatinteresse um dessentwillen man derartige Körperverletzungen zu Antragsverbrechen machte, unwiederbringlich verloren sei, sobald die Sache bis zum Hauptverfahren gefördert würde; daß vielmehr in einem solchen Falle nur noch das

*) Ich möchte hier ein Bedenken berühren, welches zu nahe liegt, als daß es nicht sollte geltend gemacht werden. Man wird sagen, bei dieser Auffassung ergebe sich der Mißstand, daß der Verletzte sein Antragsrecht in Folge des Ablaufes der Antragsfrist verliere. Es ist indessen darauf hinzuweisen, daß es sich hier lediglich um die Prüfung von Begriffsbestimmungen der Antragsverbrechen handelt, welche bei Entscheidung der legislatorischen Fragen zu Grunde zu legen sind. Uebrigens würde es auch de lege lata mindestens zweifelhaft erscheinen, ob es denn richtig sei, daß in einem Falle, wie derselbe im Texte angeführt ist, der Antragsberechtigte das Recht auf die Stellung des Antrages verlieren würde. §. 61 stellt die dreimonatliche Frist als eine solche hin, innerhalb deren die Verfolgung einer Anzahl von Verbrechen stattfinden müsse. Das Gleiche geschieht auch in §. 67. Wenn es aber in §. 68 heißt, daß die in §. 67 aufgestellten Fristen durch jede Handlung des Richters unterbrochen werden, warum sollte das Gleiche hinsichtlich der in §. 61 aufgestellten Frist nicht angenommen werden? Der Grund, daß von „Verjährung" nur in §. 66 ff. gehandelt werde, erscheint mir hierzu nicht ausreichend. Auch dürfte man vielleicht nicht ohne Grund sagen, daß der „Beginn" des Verfahrens auf Antrag von der „Vorfrage" abhängig sei, ob ein Antragsverbrechen vorliege (§. 69.); wie denn auch unter Bezug auf §. 61 schwerlich angenommen werden kann, daß der Antragsberechtigte davon, daß eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, gegen ihn begangen sei, früher wissen sollte, als Staatsanwalt und Richter dies erkannt haben.

Digitized by Google

öffentliche Interesse übrig bleibe, welches für jedes die öffentliche Rechtsordnung verletzende Delict die Bestrafung desselben erheische. Aus der Natur der Sache ergiebt sich mithin auch die Richtigkeit der Entscheidung des preuß. Ob. Trib., daß in Fällen dieser Art die Körperverletzung nach §. 223 zu strafen sei, ohne daß es hierzu der Stellung eines Antrages bedürfe. So richtig mithin meiner Ansicht nach jede einzelne jener beiden scheinbar sich widersprechenden Entscheidungen war, so wenig wird es zulässig sein, für alle Antragsverbrechen den von dem Obertrib. gelegentlich des Erkenntnisses vom 31. Mai 1872 aufgestellten Rechtsgrundsatz:

> „Wenn ohne Antrag wegen eines Officialdelictes die Untersuchung eröffnet ist, die That aber hiernächst als Antragsdelict sich herausstellt, so darf ohne Antrag die Bestrafung nicht eintreten,"

in Anwendung zu bringen, wie es denn auch unrichtig sein würde, für alle Antragsverbrechen den Rechtsgrundsatz aufzustellen:

> „Wenn ohne Antrag wegen eines Officialdelictes die Untersuchung eröffnet ist, die That aber hiernächst als Antragsdelict sich herausstellt, so bedarf es zur Bestrafung des Antrages nicht."

3. Wie verhält es sich, wenn das neue Strafgesetz die Strafverfolgung einer strafbaren Handlung von der Stellung des Antrages abhängig gemacht hat, während dies im älteren Strafgesetz nicht der Fall war, und die während der Geltung des älteren Strafgesetzes begonnene Strafverfolgung in die Zeit sich ausdehnt, in welcher das neue Gesetz Geltung erlangt hat? Die Erkenntnisse des Ob. App. Ger. und des Ob. Trib. vom 15. März, 24. März, 27. April 1871 (vergl. Goltd. Arch. XIX. S. 261, 263, 314 und Oppenhoff Rechtspr. XII. S. 239) behandeln den Fall, daß wegen Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Kindern unter 14 Jahren die Strafverfolgung während der Geltung des Preußischen St. G. B. begonnen, und über den 1. Januar 1871 hinaus fortgesetzt worden war. In diesen Fällen wurde entschieden, daß obwohl §. 176 Nr. 3 des St. G. B. für den norddeutschen Bund den Strafantrag verlange, auch ohne das Vorhandensein des Strafantrages zu strafen sei, da nach dem Preußischen St. G. B. die entsprechende Vorschrift des §. 144 Nr. 3 zu den Antragsverbrechen nicht gehört habe. Nach dem, was oben bezüglich der Begriffsbestimmungen der Antragsverbrechen beigebracht worden, wird man nicht umhin können, anzuerkennen, daß diese Entscheidungen der Natur der Sache entsprechen. Denn daß durch die Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des Preußischen St. G. B. §. 144 Nr. 3 resp. des deutschen St. G. B. §. 176 Nr. 3 die öffentliche Rechtsordnung verletzt werde und hieraus dem Staate ein strafrechtlicher Anspruch entstehe, kann ja nicht be-

Digitized by Google

zweifelt werden. Daß der Staat auf die Geltendmachung dieses ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches im Interesse des Verletzten zu verzichten habe, falls der Antrag nicht gestellt würde, ist erst seit dem 1. Januar 1871 Rechtens geworden, d. h. erst von diesem Tage an war ein Interesse des Verletzten, daß nicht verfolgt werde, gesetzlich anerkannt. War nun aber vor diesem Tage die Verfolgung bereits in Gang gebracht, so war es, und zwar in vollkommen legaler Weise, unmöglich geworden, für diese Sache jenes Interesse des Verletzten nach dem 1. Januar 1871 zur Geltung zu bringen. Anders wäre es freilich, wenn man in dem Antragsrechte ein Dispositionsrecht des Antragsberechtigten über den dem Staate erwachsenen strafrechtlichen Anspruch erblicken wollte. Dies ist aber eine Annahme, deren Unzulässigkeit bereits oben bei der Begriffsbestimmung der Antragsverbrechen dargelegt ist.

In einem anderen Falle (Erk. vom 3. Juli 1872, Goltdammer Arch. XX. S. 379) hatte die Staatsanwaltschaft am 29. April 1870 bei dem Stadtgerichte in Berlin beantragt, die Angeklagte wegen vorsätzlicher Mißhandlung mit tödtlichem Erfolge zur Voruntersuchung zu ziehen, welchem Antrage am darauf folgenden Tage auch entsprochen wurde. Im Jahre 1872 bejahten die Geschworenen die Hauptthat, verneinten aber den tödtlichen Erfolg der Mißhandlung. Die vorsätzliche Körperverletzung war von dem Preuß. St. G. B. §. 187 nicht den Antragsverbrechen zugezählt — wenngleich für einzelne Fälle derselben die Zulässigkeit der Privatklage anerkannt war —, während dieses durch das deutsche St. G. B. §. 223 geschehen ist. Auch in diesem Falle erkannte das Obertribunal in Folge erhobener Nichtigkeitsbeschwerde, daß, obwohl der Antrag auf Bestrafung nicht gestellt worden, dennoch in Gemäßheit des §. 223 des deutschen St. G. B. zu strafen sei. Und aus den vorhin angeführten Gründen wird man auch dieses Erkenntniß als der Natur der Sache entsprechend anzuerkennen haben, freilich unter der Voraussetzung, daß die Mißhandlung unter der Geltung des preuß. Strafgesetzbuches als eine solche sich dargestellt hätte, welche auch abgesehen von dem Tode des Verletzten von Amtswegen zu verfolgen gewesen wäre.

Nehmen wir dagegen an, es wäre vor dem 1. Januar 1871 auf Grund der Vorschriften des Preußischen St. G. B. wegen Ehebruchs das Verfahren eingeleitet worden. Hierzu bedurfte es, wenn die Ehe geschieden war, eines Antrages nicht. Das deutsche St. G. B. läßt aber, auch wenn die Ehe geschieden wurde, die Verfolgung und Bestrafung nur auf Antrag des unschuldigen Theiles zu. Da nun in dem Ehescheidungsprocesse alles Dasjenige zu Tage getreten ist, was nicht bekannt werden zu lassen im Interesse des unschuldigen Theils liegen mag, so wird

Digitized by Google

man in der durch §. 172 aufgestellten Antragsbefugniß den Ausdruck dafür finden dürfen, daß durch den Ehebruch nicht dem Staate, sondern nur dem unschuldigen Theile ein strafrechtlicher Anspruch erwachsen sei. Es wird nun darauf ankommen, ob dem unschuldigen Theile der strafrechtliche Anspruch nur für einen nach dem 1. Januar 1871 begangenen oder auch für einen zwar vor diesem Tage begangenen, aber erst nach diesem Tage im Strafverfahren verfolgten Ehebruche zusteht. Da es nun nicht bezweifelt werden wird, daß ein vor dem 1. Januar 1871 begangener Ehebruch nach diesem Tage nur auf Antrag verfolgt werden kann, so wird man hieraus den Schluß ziehen, daß dem Antragsberechtigten die Dispositionsbefugniß über die Bestrafung vom 1. Januar 1871 überhaupt habe eingeräumt werden sollen. Und dies würde denn dazu führen, daß bei dem Ehebruche, sowie bei den sonstigen Antragsdelicten, welche privatrechtlichen Charakters sind, die Bestrafung nicht eintreten kann, außer wenn der Antrag gestellt ist.

Da es nicht undenkbar ist, daß die in Aussicht genommene Revision des deutschen Strafgesetzbuches die Zahl der Antragsverbrechen verringern könnte, so mag noch darauf hingewiesen werden, welche Wirkung dies auf diejenigen Fälle haben würde, welche vor der Geltung dieses neuen Gesetzes begangen wären. Selbstverständlich ist es ja, daß Strafprocesse, welche sich aus der Zeit des älteren Gesetzes in die des neueren Gesetzes hineinzögen, nur unter der Voraussetzung stattfinden können, daß der Antrag, dessen Stellung in dem älteren Rechte den Beginn des Verfahrens ermöglichte, gestellt würde, und daß somit für die Fortführung des Verfahrens der Umstand, daß das neue Gesetz die Stellung des Antrags nicht fordert, bedeutungslos bleibt. Es könnte daher nur noch in Frage kommen, ob in derartigen Fällen das Recht des Antragsberechtigten, den Antrag zurückzuziehen, noch nach den Vorschriften des älteren Rechtes zu beurtheilen sein würde. Und diese Frage wäre nach den oben entwickelten Grundsätzen zu bejahen für die Antragsverbrechen von privatrechtlichem Charakter, dagegen zu verneinen für diejenigen Verbrechen, welche öffentlich-rechtlichen Characters sind.

Käme es aber in Frage, ob unter der Herrschaft des neueren Gesetzes ein Verbrechen verfolgt werden dürfe, welches jetzt nicht mehr Antragsverbrechen ist, welches aber unter der Herrschaft des älteren Gesetzes, als es noch zu den Antragsverbrechen gehörte, begangen war, so würde diese Frage in folgender Weise zu beantworten sein. Handelt es sich um ein Delict, welches in älterem Rechte als Antragsdelict privatrechtlichen Charakters aufzufassen war, so würde das dem Verletzten durch das ältere Gesetz gewährte Dispositionsrecht über den ihm entstandenen strafrechtlichen

Digitized by Google

Anspruch so lange dauern, als das ältere Gesetz selbst Geltung hat. Es wird daher auch der durch die Begehung eines solchen Delicts dem Verletzten entstandene strafrechtliche Anspruch durch das neue Gesetz nicht beseitigt werden können. Hieraus ergiebt sich aber, daß wenn ein solches Delict vor Geltung des neuen Gesetzes begangen war, dasselbe, auch nachdem das neue Gesetz Geltung erlangte, nur auf Antrag des Verletzten zu verfolgen sein würde. Handelte es sich dagegen um ein Antragsverbrechen von öffentlich-rechtlichem Charakter, so ist im entgegengesetzten Sinne zu entscheiden. Denn der Strafanspruch ist in diesem Falle dem Staate erwachsen, und wenn die Geltendmachung dieses Anspruches nicht ohne Antrag erfolgt, so geschieht dies, weil angenommen wird, die Interessen des Verletzten, daß nicht verfolgt werde, seien die überwiegenderen gegenüber dem öffentlichen Interesse, welches die Verfolgung und Bestrafung fordern würde. Erklärt nun das neue Gesetz, daß ein Delict öffentlich-rechtlichen Charakters, welches bis dahin Antragsverbrechen gewesen, von der Geltung des neuen Gesetzes an nicht mehr Antragsverbrechen sein solle, so erklärt es damit auch, daß von diesem Zeitpunkte an nicht mehr die Privat-Interessen, welche die Nichtverfolgung, sondern die öffentlichen Interessen, welche die Verfolgung gebieten, die überwiegenden sein sollen. Es wird demgemäß — falls nicht durch Ablauf der durch das ältere Gesetz bestimmten Antragsfrist der Thäter einen Anspruch anf Straflosigkeit erlangt haben sollte — unter der Herrschaft des neuen Gesetzes ein Verbrechen dieser Art ohne voraufgegangenen Antrag zu verfolgen sein, dessen Verfolgung vom älterem Gesetze von der Stellung des Antrages abhängig gemacht war.

II.

Für die Kritik der bestehenden Gesetzgebung und zum Zwecke von Vorschlägen zu einer Aenderung derselben wird es der vorstehenden Darlegung gemäß auf die Beantwortung folgender Fragen ankommen:

1. Welches sind die Antragsverbrechen privatrechtlichen Charakters?
2. Welche allgemeinen Vorschriften sind für dieselben zu treffen?
3. Welche Vorschriften des Verfahrens sind für diese Delicte die geeignetsten?

Digitized by Google

4. Welche Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters sind als Antragsdelicte gerechtfertigt, und bei welchen ist die Verfolgung ohne voraufgegangenen Antrag zu verlangen?
5. In welcher Weise gestalten sich die allgemeinen Vorschriften für diese Art von Antragsverbrechen?
6. Welche processualische Vorschriften sind in Ansehung dieser Antragsverbrechen zu empfehlen?

---

1. Welches sind die Antragsverbrechen privatrechtlichen Charakters?

Das entscheidende Criterium besteht, wie oben gezeigt, darin, daß aus dem Delict ausschließlich dem Verletzten ein strafrechtlicher Anspruch entsteht, daß von dem Delict die allgemeine Rechtsordnung unberührt bleibt.

Für welche Fälle im Einzelnen dies anzunehmen sei, ist eine Frage, die sich mit Sicherheit nach allgemeinen Grundsätzen ebenso wenig beantworten läßt, wie die Frage, welches die Grenzen zwischen dem civilen und dem criminellen Unrecht seien. Die Gesetzgebung selbst hat diese Frage vielmehr durch positive Bestimmung zu entscheiden, wobei jedoch auf folgende Gesichtspunkte als die maßgebenden hinzuweisen ist.

a. Zu Delicten der fraglichen Art können nur solche gehören, durch deren Begehung eine Privatperson verletzt wurde. Bildet dagegen die öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Person das Angriffsobject, so kann von einem Delicte privatrechtlichen Charakters nicht die Rede sein. Es berührt die allgemeine Rechtsordnung, wenn Jemand in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte zu wählen oder zu stimmen verhindert wird; es berührt die öffentliche Rechtsordnung, wenn die amtliche Function eines Beamten in widerrechtlicher Weise angegriffen wird. Die öffentlich-rechtliche Stellung der gesetzgebenden Versammlungen, der Staatsregierungen, des Staatsoberhauptes verbieten es, Angriffe, welche gegen sie gemacht wurden, als Delicte privatrechtlichen Charakters anzusehen, selbst wenn das gleiche Delict, falls es gegen eine Privatperson begangen wäre, den Charakter eines öffentlich-rechtlichen Delicts nicht haben sollte. Für die strafrechtliche und strafprocessualische Behandlung der verschiedenen Arten von Beleidigungen dürfte dieser Gesichtspunkt entscheidend sein.

b. Wenn überhaupt durch einen Angriff gegen eine Privatperson auch das öffentliche Interesse verletzt wird, so kann der Privatperson um deswillen, weil auch ihre Rechte durch den verbrecherischen Angriff mit verletzt wurden, ein Dispositionsrecht über die Strafverfolgung nicht gewährt

Digitized by Google

werden. Denn der Umstand, daß die öffentliche Rechtsordnung verletzt wurde, macht es unmöglich, das betreffende Delict denjenigen zuzuzählen, welche lediglich einen privatrechtlichen Charakter haben. Wenn daher auch aus dem Umstande, daß bei Delicten dieser Art nicht blos die allgemeine Rechtsordnung, sondern auch die Interessen der angegriffenen Person verletzt wurden, gewisse Consequenzen in der Gesetzgebung gezogen sind, wie dieses z. B. bei der vom deutschen St. G. B. zugelassenen Bußforderung der Fall ist, so geben doch Vorschriften dieser Art keineswegs genügende Veranlassung, um den privatrechtlichen Charakter eines Delicts, bei welchem solches geschehen ist, behaupten zu können.

c. Bei der sehr verschiedenartigen Individualität, welche die einzelnen Delicte haben können, ist es möglich, daß von den unter ein und denselben gesetzlichen Thatbestand fallenden Delicten — z. B. die Körperverletzungen des §. 223 — einzelne sich als Delicte von lediglich privatrechtlichem Charakter auffassen lassen, während andere Delicte des gleichen gesetzlichen Thatbestandes diese Auffassung nicht gestatten. Und noch in anderer Hinsicht ergiebt sich hieraus für die gesetzliche Regelung der Antragsdelicte eine bemerkenswerthe Consequenz. Nehmen wir an, daß in dem gesetzlichen Thatbestande des St. G. B. §. 223 Körperverletzungen von lediglich privatrechtlichem Charakter enthalten seien, so werden diese Körperverletzungen aus dem Grunde, weil aus ihrer Begehung nur der Person des Verletzten ein strafrechtlicher Anspruch entsteht, den Antragsverbrechen zuzuzählen sein. Wenn nun aber andere Körperverletzungen des §. 223 Dimensionen annehmen, welche, weit über die Rechtssphäre des Verletzten hinausreichend, die öffentliche Rechtsordnung auf das allererheblichste afficiren, wird man dann auch von diesen sog. „leichten" Körperverletzungen des §. 223 behaupten mögen, daß sie den Antragsverbrechen zugezählt werden müßten? Wollte man diese Frage bejahen, so könnte dies nur aus dem Grunde geschehen, weil das Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung ein größeres sei, als das Interesse der öffentlichen Rechtsordnung an der Verfolgung des durch die Begehung dieser concreten Körperverletzung dem Staate entstandenen strafrechtlichen Anspruches. Ob dieses anzunehmen, ist aber durchaus eine Frage für sich und der Beantwortung derselben wird dadurch in keiner Weise präjudicirt, daß die unbedeutenderen Fälle der unter §. 223 fallenden Körperverletzungen um deswillen den Antragsverbrechen zugezählt werden können, weil durch ihre Begehung ausschließlich dem Verletzten ein strafrechtlicher Anspruch entstanden sein mag. In welcher Weise dieses soeben geltend gemachte Bedenken praktisch zu realisiren sein möchte, darauf wird weiter unter noch eingegangen werden.

Digitized by Google

Wenden wir uns nunmehr zu der Frage, welches im Einzelnen die Antragsdelicte privatrechtlichen Charakters seien, so wird es unbedenklich sein, als solche zunächst die im deutschen St. G. B. vorkommenden Antragsübertretungen zu bezeichnen. (St. G. B. §. 370 Nr. 4—6.)

Ferner wird, so wie die Gesetzgebung zur Zeit beschaffen ist, auch der Ehebruch (St. G. B. §. 172) diesen Delicten zuzuzählen sein. Denn eine Strafe wegen Ehebruchs darf ja nur eintreten, nachdem die Scheidung wegen Ehebruchs bereits stattgefunden hat. Durch die Thatsache der Scheidung, sowie durch den der Scheidung voraufgegangenen wegen Ehebruches geführten Scheidungsproceß würde nun aber die Thatsache des stattgehabten Ehebruches zur größtmöglichen Publicität gebracht. Die Antragsbefugniß des unschuldigen Theiles kann mithin nicht darauf zurückgeführt werden, daß die Nichtverfolgung des Ehebruches in seinen, des unschuldigen Theiles, Interesse liege; man wird vielmehr in der Vorschrift, daß die Strafverfolgung des Ehebruches nur auf Antrag stattfinden solle, nichts weiter zu erkennen vermögen, als daß es dem unschuldigen Theile anheimgegeben ist, den ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruch entweder zu verfolgen oder nicht zu verfolgen.*)

Auch die Beleidigungen sind den Antragsdelicten dieser Art zuzuzählen, jedoch mit Ausschluß der im St. G. B. §. 196 erwähnten, da es sich bei diesen nicht um die Verletzung einer Privatperson, sondern um die Verletzung des öffentlichen Amtes u. s. w. handelt. Und aus dem gleichen Grunde werden auch die Beleidigungen der §§. 103, 104 nicht als Beleidigungen von ausschließlich privatrechtlichem Charakter aufzufassen sein.

Von den reichsgesetzlichen Strafbestimmungen, welche neben dem Strafgesetzbuche Geltung haben, sind hieher zu zählen die Strafbestimmungen in Betreff des Nachdrucks (Gesetz vom 11. Juni 1870. Reichs G. Bl. 1870 S. 339, §§. 18 ff. 27, 28), sowie die Vorschriften des Reichs-Preßgesetzes vom 7. Mai 1874 §§. 10, 11, 19 Nr. 3 und §. 19 Schlußbestimmung (Reichs G. Bl. 1874 S. 65). Denn wenn auch in den angeführten Vorschriften des letzteren Gesetzes außer Privatpersonen auch „öffentliche Behörden" interessirt erscheinen, so handelt es sich doch nicht um einen durch die Presse begangenen Angriff gegen dieselben, sondern vielmehr um den Geschäftsbetrieb der einzelnen Behörden. Wie es diesen anheimgegeben ist, darüber zu befinden, ob eine Bekanntmachung oder eine Erklärung stattzufinden habe, so kann es ihnen auch überlassen bleiben,

---

*) Ob es richtig ist, den Ehebruch überhaupt zu bestrafen, ist eine Frage, die hier nicht weiter zu erörtern ist. Vergleiche meinen Entwurf zu einem Strafgesetzb. (1868) S. 398 ff. und mein Strafrecht in Norddeutschland (1870) S. 85 Note *.

Digitized by Google

den Strafantrag lediglich nach ihrem Ermessen zu stellen. Daß die Nicht-Aufnahme einer behördlichen Bekanntmachung oder Erklärung in eine periodische Druckschrift (§. 7 des Preßgesetzes) die öffentliche Rechtsordnung über die Interessen der Behörden hinaus verletzen sollte, ist nicht wohl anzunehmen.

Weiter, als vorstehend geschehen, möchte der Kreis der Antragsdelicte privatrechtlichen Charakters nicht auszudehnen sein.

2. Welche allgemeine Vorschriften sind für die Antragsdelicte privatrechtlichen Charakters zu treffen?

a. Wer ist der Antragsberechtigte? Die Vorschrift des St. G. B. §. 65 giebt hierauf die entsprechende Antwort. Fraglich könnte dabei höchstens sein, ob es nicht eine Anomalie sei, daß bevormundete Personen, die nicht zu den Geisteskranken oder Taubstummen gehören, mit Vollendung des 18. Lebensjahres selbständig zum Strafantrage berechtigt sein sollen. Wird man nun auch die Anomalie als vorhanden anerkennen, so rechtfertigt sich dieselbe doch theils daraus, daß das 18. Lebensjahr die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit begründet, und deshalb auch für ausreichend zu erachten ist, um die Ansprüche geltend zu machen, welche aus solchen Handlungen folgen, für welche, wenn sie von dem Verletzten selbst begangen wären, er die volle Verantwortlichkeit zu übernehmen hätte; theils auch daraus, daß statt des noch minderjährigen Verletzten der gesetzliche Vertreter desselben, unabhängig von der eigenen Befugniß des Verletzten, berechtigt ist, den Antrag zu stellen.

Würde das Recht, den Strafantrag zu stellen, vererblich sein? Ich möchte diese Frage dahin beantworten,*) daß es darauf ankommt, ob von der Durchführung des Strafantrages die Geltendmachung eines vermögensrechtlichen Anspruches abhängig sei. Zwar kann die Ehrverletzung, welche der Verstorbene erduldete, nicht auf dessen Erben übergehen, wohl aber der vermögensrechtliche Anspruch, welcher aus dem Einfordern der Buße entsteht. Dazu kommt, daß die Durchführung des Strafantrages die Geltendmachung des aus der strafbaren Handlung entstehenden Entschädigungsanspruches erleichtert. Es kommt eben darauf an, ob der Fall so beschaffen ist, daß durch das gegen den Verstorbenen begangene Delict auch die Rechte des Erben mit verletzt erscheinen. Man denke z. B. an den Nachdruck. Soll der Erbe des Verlegers um deswillen auf die Entschädigungsforderung beschränkt bleiben, und des Rechts, eine Buße zu verlangen (§. 18, Abs. 4) verlustig werden, weil sein Erblasser es unter-

*) Für unbedingte Verneinung dieser Frage spricht sich Fuchs aus. Vergleiche den Art. „Antragsdelicte" in v. Holtzendorff's Rechtslexikon 2. Aufl. S. 85.

Digitized by Google

lassen hat, den noch bei seinen Lebzeiten begangenen Nachdruck zu verfolgen? Noch schlimmer stellt sich freilich die Sache, wenn wir uns die jetzt bestehende Gesetzgebung auch für die Zukunft erhalten denken. Der Grundsatz, daß der Strafantrag unvererblich sei, würde dann zur Folge haben, daß Dienstboten, welche um einen Sterbenden beschäftigt sind, für jegliche an ihrem Dienstherrn vor dessen Hinscheiden begangenen Diebstähle straflos bleiben müßten. Denn, so lange der Bestohlene noch lebt, ist er es, welcher den Antrag zu stellen hat; wird er hieran durch seine Krankheit verhindert, die ja auch die Veranlassung sein kann, daß er von der Thatsache des stattgehabten Diebstahls gar nichts erfährt, so würden die infamsten Diebstähle straflos bleiben müssen, wenn der Strafantrag unvererblich wäre.

b. Bis zu welchem Zeitpunkte kann der Antrag zurückgenommen werden? Das deutsche St. G. B. beantwortet diese Frage durch §. 64, eine Vorschrift, welche für die Antragsdelicte privatrechtlichen Charakters nicht weit genug, und für die Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters viel zu weit geht. Hier kommt es nur darauf an, festzustellen, wie die betreffende Vorschrift für die Antragsdelicte privatrechtlichen Charakters zu normiren sein würde. Dies ergiebt sich aber aus dem, was oben in Betreff der Begriffsbestimmungen der Antragsverbrechen gesagt ist. Da durch die Antragsverbrechen privatrechtlichen Charakters nur der Verletzte einen Strafanspruch erwirbt, da in diesen Fällen lediglich die Vollstreckung der Strafe in der Weise erfolgt, wie dies der Begriff der öffentlichen Strafe mit sich bringt, so folgt hieraus, daß, so lange mit der Strafvollstreckung noch nicht begonnen ist, der Antragsberechtigte in Betreff des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches die Disposition behalten und demnach auch in der Lage sein muß, den Strafanspruch bis zum Beginne der Strafvollstreckung zurückzuziehen. Dies ist auch in Betreff der Injurien, für den, Fall daß dieselben im Wege der Privatklage verfolgt werden, anerkannt. Dieses processualische Criterium ist aber nicht brauchbar — denn nicht darum handelt es sich in welcher Form des Verfahrens der Anspruch geltend gemacht wird, sondern darum, welches die rechtliche Natur desselben ist. Wäre aber dieses Criterium ein brauchbares, so hat das Gesetz dasselbe nicht richtig verwerthet —; denn wird der Strafanspruch dadurch, daß der Staatsanwalt denselben verfolgt, ein öffentlich-rechtlicher, so müßte die Befugniß, den Strafantrag zurückzuziehen, spätestens dann aufhören, wenn der Staatsanwalt die Anklage erhoben hat; es würde mithin nicht zulässig sein, die Zurücknahme des Strafantrages bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses zu gestatten.

Aus den angeführten Gründen wird es daher richtiger sein, für die

Digitized by Google

Zurücknahme des Strafantrages bei den Antragsdelicten privatrechtlichen Charakters den Beginn der Strafvollstreckung entscheidend sein zu lassen, und demgemäß für die Antragsdelicte dieser Art die Vorschrift dahin zu treffen:

„Bis zum Anfange der Vollstreckung des Urtheils kann der Antrag zurückgenommen werden.

c. Kann der Antrag auf Bestrafung getheilt werden? Die Antwort, welche auf diese Frage St. G. B. §. 63 giebt, paßt vollkommen auf die Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters, aber ganz und gar nicht auf diejenigen, welche privatrechtlichen Charakters sind. Letztere lassen durch die Begehung des Delicts dem Verletzten den Strafanspruch entstehen. Sind nun bei der Begehung des Delicts mehrere Personen betheiligt, so wird dem Verletzten gegen jede dieser Personen ein strafrechtlicher Anspruch entstehen. Jeder dieser strafrechtlichen Ansprüche ist aber nur ein dem Verletzten entstandener. Kann nun der Verletzte nicht gezwungen werden, irgend einen ihm entstandenen Strafanspruch zu verfolgen, so kann er es auch nicht in dem Falle, wenn durch die Begehung eines Delictes ihm mehrere Strafansprüche entstanden sind. Mithin, ob einer, ob alle, ob einige dieser Strafansprüche zu verfolgen sind, hängt von dem Verletzten ab; oder mit anderen Worten:

Bei Antragsdelicten privatrechtlichen Charakters hängt es von dem Antragsberechtigten ab, ob der Strafantrag getheilt wird. Die Theilung des Strafantrages ist bei Antragsdelicten dieser Art an sich zulässig.

d. Wann erlischt das Recht des Strafantrages? Die Antwort, welche St. G. B. §. 61 giebt, sagt, daß nach Ablauf einer Frist von drei Monaten, welche mit dem Tage, an welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Thäters Kenntniß gehabt, zu laufen beginnt, das Antragsrecht erlöschen solle. Für Antragsdelicte privatrechtlichen Charakters hat diese Vorschrift die Bedeutung einer Klageverjährung. Ob der Strafantrag auch durch den Tod des Antragsberechtigten erlösche, ist bereits oben, gelegentlich der Frage, ob der Strafantrag vererbe, erörtert worden. Hier bleibt nur noch übrig, zu untersuchen, ob der gestellte Strafantrag nach dem Tode des Antragsberechtigten von dem Erben zurückgenommen werden könne. Die Antwort ergiebt sich aus Folgendem. Ist durch die Begehung des Antragsdelictes dem Verletzten, und nur diesem ein strafrechtlicher Anspruch enstanden, so hört mit der Existenz des Antragsberechtigten auch die Existenz des Strafanspruches auf. Existirt aber kein Strafanspruch, so würde es ein Widerspruch in sich selbst sein, wenn zur Realisirung eines nicht existirenden Anspruches ein gerichtliches Verfahren stattfinden sollte. Man wird deshalb

Digitized by Google

zu sagen haben, daß, insoweit der Strafanspruch nicht vererblich ist, das in Folge des Antrags begonnene Verfahren mit dem Tode des Antragsberechtigten ipso jure aufhören müsse. So weit aber der dem Antragsberechtigten entstandene Anspruch vererblich ist, wird es der Erbe sein, welchem die Disposition über den nunmehr auf ihn übergegangenen Anspruch zusteht. Und ebenso wie der ursprünglich Berechtigte autorisirt war, den Strafanspruch zurückzunehmen, wird dies auch von dem jetzt zur Verfolgung dieses Anspruches Berechtigten zu behaupten sein.

3. Welche Vorschriften des Verfahrens sind für diese Antragsdelicte die entsprechenden? Die Voraussetzung, von welcher auszugehen ist, ist die, daß durch die Begehung des Delictes ausschließlich dem Verletzten, nicht aber dem Staate, ein strafrechtlicher Anspruch entstanden ist. Hieraus folgt dann, daß auch diejenigen Organe, welche dazu berufen sind, den dem Staate entstandenen strafrechtlichen Anspruch zur Geltung zu bringen, von dem Strafverfahren, welches durch Begehung der Antragsdelicte dieser Art hervorgerufen wird, fern zu bleiben haben. Es würde ein Widerspruch in sich selbst sein, einerseits zu behaupten, daß durch ein bestimmtes Delict die öffentliche Rechtsordnung nicht verletzt sei, und andererseits zu verlangen, daß dennoch diejenigen Organe, deren Bestimmung es ist, im öffentlichen Interesse die begangenen Verbrechen zu verfolgen, processualisch thätig werden sollen. Für die strafrechtliche Verfolgung dieser Delicte ist demnach ausschließlich der Weg der Privatklage geboten. Der Verletzte, resp. derjenige, welcher kraft gesetzlicher Vorschrift an seine Stelle zu treten befugt ist, ist der alleinige dominus litis; ihm liegt es ob, die Klage anzustellen, und dieselbe ohne jede Immiscirung der Staatsanwaltschaft bis zur Erstreitung des rechtskräftigen Erkenntnisses zu verfolgen. Die Vorschriften, welche der revidirte Entwurf einer Deutschen Strafproceßordnung im zweiten Abschnitte des fünften Buches (§§. 311 ff.) aufstellt, würden für Delicte dieser Art — nicht aber, wie der Entwurf will, auf alle Beleidigungen (siehe oben), sowie auf alle Körperverletzungen, welche nach Vorschrift des St. G. B. auf Antrag zu verfolgen sind — Anwendung finden. Käme der Fall vor, daß ein Delict, welches prima facie zu den Antragsdelicten der hier besprochenen Art gehört, sich im Laufe des Verfahrens als ein anderes, die öffentliche Rechtsordnung verletzendes Delict herausstellte, — es wird z. B. wegen verleumderischer Beleidigung die Klage erhoben, und im Laufe des Verfahrens ergäbe sich das Vorhandense ineiner falschen Anschuldigung —, so würde die Bestimmung des §. 318 des Entwurfes der Deutschen Strafproceßordnung: „Findet das Gericht nach verhandelter Sache, daß die für festgestellt zu erachtenden Thatsachen eine solche strafbare Handlung

Digitized by Google

darstellen, auf welche das in diesem Abschnitte vorgeschriebene Verfahren keine Anwendung erleidet, so hat es durch einen Beschluß, welcher diese Thatsachen hervorheben muß, die Einstellung des Verfahrens auszusprechen", in Anwendung zu bringen und dadurch das öffentliche Interesse gewahrt sein, falls die Staatsanwaltschaft von einem solchen Beschlusse amtlich in Kenntniß gesetzt würde. Dagegen dürfte es nicht erforderlich sein, daß der Staatsanwaltschaft, wie dies §. 312 verlangt, in Sachen dieser Art der zur Hauptverhandlung bestimmte Termin bekannt gemacht würde. Dies ist vielmehr eine Vorschrift, welche auf Fälle anderer Art, von denen allerdings der Entwurf im zweiten Abschnitt des fünften Buches handelt, nicht aber auf diejenigen Fälle in Anwendung zu bringen ist, von denen hier ausschließlich gehandelt wird.

Wenn nun aber die Antragsdelicte dieser Art ihrer Natur nach die Strafverfolgung seitens des Staatsanwalts ausschließen, so ergiebt sich hieraus als endliches Resultat der vorstehenden Betrachtung, daß die Antragsdelicte dieser Art aus dem Kreise der eigentlichen Antragsdelicte überhaupt ausscheiden. Denn unter Antragsdelicten im eigentlichen Sinne des Wortes wird man richtiger doch nicht diejenigen zu verstehen haben, bei welchen zum Zweck der processualischen Verfolgung die Staatsanwaltschaft nicht mitzuwirken hat; sondern man wird im Gegentheil unter den Antragsdelicten im eigentlichen Sinne des Wortes solche zu verstehen haben, deren Verfolgung gerade auf Betrieb der Staatsanwaltschaft stattfindet, die also nicht auf dem Wege der Privat-, sondern auf dem Wege der öffentlichen Klage verfolgt werden, und die sich von anderen, in vollkommen gleicher Weise zu verfolgenden, Delicten nur dadurch unterscheiden, daß der Staatsanwalt zur Erhebung der Klage, resp. zur Beantragung der Voruntersuchung durch den Antragsberechtigten autorisirt sein muß. Den Charakter der „Antragsdelicte" bewahren sich denn auch, wie dies schon oben angedeutet wurde, jene nur auf dem Wege der Privatklage zu verfolgenden Delicte nur dadurch, daß auch bei ihnen ein Antrag erforderlich ist, nämlich der Antrag, daß das von dem Privatkläger gegen den Angeklagten erstrittene rechtskräftige Erkenntniß durch die hierzu bestimmten öffentlichen Organe vollstreckt werde. Der Gegensatz, der sich hieraus ergiebt, bezeichnet sich durch die Worte: Antragsdelicte in Bezug auf die Strafverfolgung und Antragsdelicte in Bezug auf die Strafvollstreckung.

4. Welche Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters sind als Antragsdelicte gerechtfertigt, und bei welchen ist dieses nicht der Fall? Für die Beantwortung dieser Frage ist doch, wie oben gezeigt, davon auszugehen, daß es sich hier nicht um Delicte handelt, durch

Digitized by Google

deren Begehung lediglich ein Privatintereſſe als verletzt erachtet werden kann; daß vielmehr die hier der Betrachtung zu unterziehenden Delicte derartig beſchaffen ſind, daß durch ihre Begehung die öffentliche Rechtsordnung verletzt wird, ſo daß ſich der Verzicht auf die Verfolgung derſelben nur dadurch erklärt, daß das Intereſſe des Verletzten an der Nichtverfolgung gegenüber dem Intereſſe des Staats an der Verfolgung als das höhere und berechtigtere anerkannt wird.

Es iſt nun nicht zu verkennen, daß die Grenze dafür, ob das Eine oder das Andere der Fall ſei, ſich mitunter ſchwer mag ziehen laſſen. Und da es Aufgabe dieſer Zeilen iſt, Abänderungen der beſtehenden Geſetzgebung in Vorſchlag zu bringen, ſo wird es gerechtfertigt ſein, wenn ich auf die Erörterung ſolcher Fälle mich beſchränke, in Betreff deren die Vorſchrift, daß nur nach voraufgegangenem Antrag verfolgt werden dürfe, mir unhaltbar zu ſein ſcheint.

Dies iſt vor Allem der Fall in Betreff der vorſätzlichen Körperverletzungen. Bereits in meinem (1868 erſchienenen) Entwurf zu einem Strafgeſetzbuche für den norddeutſchen Bund habe ich (S. 461 — 468) die Frage, ob die Verfolgung vorſätzlicher Körperverletzungen von dem Antrage des Verletzten abhängig gemacht werden könne, einer ausführlichen Prüfung unterzogen, und gelangte auf Grund derſelben dazu, dieſe Frage zu verneinen. Der erſte, ſog. Friedberg'ſche Entwurf hatte ſich ebenfalls dafür entſchieden, daß zur Verfolgung und Beſtrafung vorſätzlicher Körperverletzungen der Antrag des Verletzten nicht erforderlich ſei. Anderer Anſicht war die techniſche Commiſſion, welcher der erſte Entwurf zur Begutachtung vorgelegt wurde. Aus ihren Berathungen ging die in den ſpäteren Stadien der Geſetzgebung nur noch unweſentlich modificirte Vorſchrift hervor, daß die Verfolgung der vorſätzlichen „leichten Körperverletzungen" — worunter auch ſchon die Commiſſion alle diejenigen Körperverletzungen verſtand, die nicht mindeſtens unter die jetzt geltende Beſtimmung des St. G. B. §. 224 fallen — nur auf Antrag ſtattzufinden habe. Die Motive rechtfertigen dieſen Beſchluß der techniſchen Commiſſion durch folgende Worte:

> „Der Entwurf hat die Verfolgung aller derjenigen Körperverletzungen, welche nicht objektiv einen ſchweren Charakter haben und deshalb nur nach §. 218 (jetzt §. 223) zu ahnden ſind, von dem Antrage des Verletzten abhängig gemacht.
>
> Selbſt bei der Körperverletzung von Verwandten aufſteigender Linie iſt eine Ausnahme nicht gemacht. So ſehr nämlich auch das öffentliche Intereſſe bei der Ahndung ſolcher Vergehen betheiligt iſt, ſo mußte die Rückſichtnahme auf daſſelbe dennoch zurücktreten,

Digitized by Google

weil erfahrungsmäßig mit der Verfolgung von Amtswegen ein Eingriff in Familienverhältnisse verbunden ist, welcher vielfach zu den erheblichsten Mißständen und fast ausnahmslos zu Begnadigungsanträgen Seitens der Verletzten Veranlassung giebt." *)

Daß eine derartige Motivirung gänzlich ungenügend ist, bedarf keiner weiteren Darlegung. Zunächst scheint aus dem zweiten Absatze hervorzugehen, daß man angenommen habe, das öffentliche Interesse sei zwar bei der Körperverletzung von Verwandten aufsteigender Linie betheiligt, nicht aber bei Körperverletzungen, die gegen Nicht-Verwandte, speciell nicht gegen Ascendenten begangen seien. Und das würde eine vollkommen unrichtige Anschauung sein. Denn die Körperverletzungen, von denen §. 223 des St. G. B. handelt, sind ja keineswegs blos „leichte" Körperverletzungen in dem Sinne, wie der gewöhnliche Sprachgebrauch dieses bezeichnet. Denn derjenige, der den Bruch einer Rippe, eines Armes oder eines Beines, möglicher Weise beider Arme und Beine davon getragen, der erduldete im Sinne des Gesetzes nur eine eichte Körperverletzung, mochte das Krankenlager ein auch noch so langwieriges, mochten die Folgen solcher Verletzungen auch noch so nachtheilige sein, falls sie nur nicht unter den Begriff des Siechthums fallen. Und man sollte doch meinen, daß das öffentliche Interesse in nicht geringem Maße dann in Mitleidenschaft gezogen wird, wenn Jemand in derartiger Weise durch eine im Sinne des Gesetzes leichte Körperverletzung an seiner Gesundheit geschädigt wird. Wenn aber der gefürchtete Eingriff in Familienverhältnisse, ohne welchen allerdings Körperverletzungen gegen Ascendenten nicht wohl verfolgt werden können — was übrigens wohl selbstverständlich ist, und nicht erst als etwas „Erfahrungsmäßiges" von den Motiven constatirt zu werden brauchte —, für ausreichend erachtet werden sollte, um einen Verzicht auf die Verfolgung solcher Körperverletzungen zu rechtfertigen, warum beschränkte man sich dann nicht darauf, — in ähnlicher Weise, wie dies beim Diebstahl und beim Betrug geschehen —, den Antrag nur dann als Erforderniß der Strafverfolgung aufzustellen, wenn Körperverletzungen von Descendenten gegen Ascendenten begangen wurden?

Daß der Reichstag nicht daran denken würde, das Erforderniß des Antrags wieder zu beseitigen, war bei der Neigung desselben, die Zahl der Antragsverbrechen noch über das Mögliche hinaus zu extendiren, mit Sicherheit vorauszusehen. Das aber dürfte meiner Ansicht nach ganz unbestreitbar sein, daß die jetzt in höherem Maße als bisher bestehende

*) Vielleicht ist es nicht überflüssig, zu bemerken, daß etwas Weiteres, als das im Texte Mitgetheilte, von den Motiven nicht angeführt wird.

Digitized by Google

Unsicherheit des Lebens und der Gesundheit der Staatsangehörigen zum nicht geringen Theil seinen Grund hat in den verkehrten Vorschriften des Deutschen Strafgesetzbuches.

Es erscheint nicht überflüssig, daran zu erinnern, wie noch in jüngster Zeit in der Presse die Klagen darüber laut wurden, daß die Unsicherheit vorzugsweise in den größeren Städten so sehr überhand nähme. Behauptet wurde, daß die Gerichte nicht ihre Schuldigkeit thäten und das Gesetz nicht mit der erforderlichen Strenge handhabten. Ob dieser Vorwurf ein begründeter war, mag durchaus dahin gestellt bleiben. Die Frage, um die es sich hier handelt, ist lediglich die, ob denn das Gesetz seine Schuldigkeit thue, und diese Frage muß ich auf das Bestimmteste verneinen. Sehen wir doch zu, wodurch denn bei dem jetzt bestehenden gesetzlichen Zustande Strolche von Profession gehindert werden sollten, wehrlose Menschen auf offener Straße zu überfallen und zu schädigen. Daß man dabei etwas riskire, ist wohl klar; es fragt sich aber doch nur, ob das, was wirklich dabei riskirt wird, erheblich genug ist, um auch nur einigermaßen wirksam sein zu können. Das Risiko, welches derjenige, der eine Körperverletzung beabsichtigt, zu laufen hat, besteht allerdings in einer Geld- oder Gefängnißstrafe (Maximum 3 Jahre), d. h. wenn der Verletzte es für rathsam erachten sollte, den Strafantrag zu stellen. Es liegt nun aber sehr nahe, daß der Verletzte sehr häufig es nicht für rathsam halten wird, dieses zu thun. Zunächst schon deswegen nicht, weil ihm dieses in den meisten Fällen — namentlich wo die Vermögensverhältnisse des Thäters die Zahlung einer Buße nicht in Aussicht stellen — gar nichts helfen kann; und, um blos dem Interesse der öffentlichen Ordnung zu nützen, dazu verstehen sich die Wenigsten; das mag der Staatsanwalt thun, der dazu da ist. Dazu kommt aber noch die nahe liegende Erwägung, daß durch die Stellung des Strafantrages jener Strolch zwar auf etliche Zeit unschädlich gemacht werden kann, daß er aber nach dieser, in keinem Falle sehr langen Zeit, wiederum auf freiem Fuße sich befinden, und dem Verletzten, nunmehr demjenigen, der allein es veranlaßt hat, daß er so und so lange Zeit hat sitzen müssen, von Neuem begegnen kann. War bei der ersten Begegnung der Verletzte ein willkommenes Object, um an ihm seinen Muth zu kühlen, so ist derselbe bei der zweiten Begegnung der persönliche Feind, der den entlassenen Sträfling in's Unglück gebracht hat. Und erklärlich möchte es sein, wenn der Verletzte es vorzieht, lieber stillschweigend zu erdulden, was er doch erdulden muß, als den Chancen einer derartigen zweiten Begegnung sich auszusetzen. Würde aber auch der Antrag auf Bestrafung gestellt, so weiß es ja der Thäter, daß in Folge eines Beschlusses des Reichstages, der Verletzte den gestellten Straf-

Digitized by Google

antrag noch bis zur Verkündigung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses zurücknehmen kann. Genug Veranlassung, um seinen Gegner theils persönlich, theils durch Freunde und Angehörige zu bestürmen, von dieser ihm durch §. 64 des St. G. B. eingeräumten Befugniß Gebrauch zu machen. Widersteht dann der Verletzte auch dieser Versuchung, — und oft genug unterliegt er derselben —, so stellen sich doch wenigstens die Chancen für Befriedigung der Rache als überaus günstige dar. Denn der Bestrafte kann nunmehr folgendermaßen argumentiren: Wenn ich einen Gegner todtschlage, was riskire ich dabei? Klagt man mich wegen Körperverletzung mit tödtlichem Erfolge an, so bleibt mir die Chance, daß die Geschworenen, wie ja schon so oft geschehen, in der stattgehabten Verletzung die Todesursache nicht erkennen, und da sich nicht annehmen läßt, daß der von mir zum Tode Getroffene vor seinem Hinscheiden noch den Strafantrag wegen der Körperverletzung stellen werde, so habe ich alle Wahrscheinlichkeit für mich, freigesprochen zu werden. Aber, selbst wenn dieser Fall nicht einträte, wenn man mich der Körperverletzung mit tödtlichem Erfolge schuldig erklärte, so würde mein Vertheidiger schon dafür sorgen, daß die Geschworenen „mildernde Umstände" annehmen; ich war ja doch, aus dem Gefängniß entlassen, in großer Noth; das Elend von Frau und Kindern, denen ich, ihr Ernährer, monatelang entzogen gewesen war, hatte mich verwirrt gemacht, etwas getrunken werde ich wahrscheinlich wohl auch haben; genug auf die Annahme mildernder Umstände dürfte zu rechnen sein, und dann kann ich ja möglicherweise mit drei Monaten Gefängniß abkommen (§. 228). Und, wenn auch das nicht, in's Zuchthaus brauche ich deshalb noch lange nicht; denn §. 226 läßt ja auch dann, wenn keine mildernden Umstände zugebilligt werden, noch die Gefängnißstrafe zu. Will man mich aber wegen Mordes anklagen, so schreckt mich das ganz und gar nicht. Dazu muß ich ja die Tödtung mit Ueberlegung ausgeführt haben, und daß ich das gethan haben könne, das nimmt keine Geschwornenbank an, wenn ich nur, ehe ich den Menschen todtschlage, einen Streit mit ihm anfange, oder auch nur der Sache ein derartiges Ansehen gebe, daß scheinbar erst das Begegnen die Veranlassung gewesen ist zu dem, was ich that. Verneinen die Geschworenen aber nur die „Ueberlegung", dann bin ich schon gut daran; dann brauche ich gar nicht von dem Getödteten zum Zorn gereizt zu sein; denn — und dies beruht ja auf einem Beschlusse des Reichstages — beim Todtschlage können ja mildernde Umstände ganz ad libitum angenommen werden, und auf die sechs Monate Gefängniß soll es mir nicht ankommen.

Man wird mir einwenden, daß die Chancen, die in der vorbezeichneten Weise das St. G. B. dem Verbrecher gewährt, doch nicht immer

Digitized by Google

sich bewahrheiteten! Darauf kommt es aber auch nicht an; es ist vielmehr, um den Entschluß zu verbrecherischen Handlungen zu erleichtern, vollkommen ausreichend, daß derartige Chancen überhaupt existiren. Ist es doch eine bekannte Thatsache, daß die Verbrecher darauf rechnen, dem Strafgesetze überhaupt zu entgehen, und daß die Mißachtung gegen das Gesetz nur gefördert werden kann, wenn selbst die Rücksichtnahme auf dasselbe dem Verbrecher keine besonders gefährliche Perspective eröffnet. — Man wird sagen, der Verbrecher stelle Erwägungen, wie die vorhin angeführten, überhaupt nicht an! Möglich, selbst wahrscheinlich, daß dies in einer so detaillirten Weise nicht geschehen mag. Das aber ist unbestreitbar, daß innerhalb der Verbrecherwelt die Schwächen des Strafgesetzes, wenn auch nicht juristisch erkannt, so doch mit sicherstem Instinkt sehr schnell durchempfunden werden. Eine Gesetzgebung aber, welche jedem, der einen Mord plant, die Chance gewährt,*) mit sechs Monaten Gefängniß abzukommen, eine Gesetzgebung, die bei vorsätzlicher Körperverletzung mit tödtlichem Erfolge bis auf drei Monate Gefängniß, die bei vorsätzlichen Körperverletzungen, welche Verstümmelungen und dauerndes Siechthum zur Folge haben, bis auf Einen Monat Gefängniß herabgeht; eine Gesetzgebung, welche durch das Antragserforderniß bei den übrigen vorsätzlichen Körperverletzungen die Bestrafung derselben überhaupt in Frage gestellt hat; eine solche Gesetzgebung — mag sich dieselbe immerhin von Rücksichten der Humanität haben verleiten lassen — entbehrt dem Resultate nach den Ernst, der vorhanden sein muß, wenn Leben und Gesundheit der Staatsangehörigen in ausreichender Weise geschützt sein sollen. So lange aber eine solche Gesetzgebung existirt, darf man sich nicht wundern, wenn die Angriffe auf Leben und Gesundheit sich derartig häufen, daß diese höchsten irdischen Güter des Menschen gewissermaßen à discrétion der Verbrecherwelt zu stehen scheinen.

Die erste Aenderung, die wir, soweit der Gegenstand der vorliegenden Arbeit reicht, zu beanspruchen haben, ist die, daß die vorsätzlichen Körperverletzungen (St. G. B. §. 223) aus der Zahl der Antragsverbrechen gänzlich ausgeschieden werden.

Das freilich soll ja nicht in Abrede gestellt werden, daß unter den Körperverletzungen des §. 223 auch solche mit enthalten sind, deren Wirkung über das Interesse der verletzten Privatperson nicht hinausreicht, und in

*) Glücklicherweise ist es dem Deutschen St. G. B. erspart geblieben, auch beim „Morde" die Gefängnißstrafe — natürlich bei Annahme mildernder Umstände —, aufgenommen zu sehen. Doch mag daran erinnert werden, daß ein dies bezweckender Antrag im Reichstage gestellt und auch befürwortet worden ist. Stenogr. Berichte 1870 Theil II S. 656 ff. namentlich S. 660.)

Digitized by Google

Betreff deren es füglich dem Verletzten überlassen werden kann, ob er die Strafverfolgung derselben herbeiführen wolle. Hieraus folgt doch aber keineswegs der Satz, daß nun keine dieser Körperverletzungen außer in Folge des Antrages des Verletzten verfolgt werden dürfe. Vielmehr ist das Einzige, was hieraus zu folgern ist, nur das, daß Körperverletzungen, welche das öffentliche Interesse nicht berühren, durch die Staatsanwaltschaft nicht verfolgt werden, und daß die Verletzten, falls sie der Staatsanwaltschaft die Verfolgung derartiger Körperverletzungen zumuthen sollten, von dieser auf den Weg der Privatklage zu verweisen sind. Denn, fiele die Antragsberechtigung bei den leichten Körperverletzungen fort, so würde doch hiervon keineswegs die Folge sein, daß alle leichten Körperverletzungen, die gleichviel unter welchen Verhältnissen begangen würden, nunmehr Seitens der Staatsanwaltschaft verfolgt werden müßten; sondern die Folge würde nur die sein, daß die Staatsanwaltschaft in die Lage käme, Körperverletzungen, die im öffentlichen Interesse verfolgt werden müssen, auch verfolgen zu dürfen; und daß die Staatsanwaltschaft in diese Lage gebracht werde, das gerade ist es, was im öffentlichen Interesse gefordert werden muß.

Wie zu diesem Zwecke die processualischen Vorschriften zu fassen sind, darauf wird weiter unten noch eingegangen werden.

Außer bei den Körperverletzungen würde die Antrags-Befugniß auch in den Fällen der §§. 247 und 263, insoweit sich dieselben auf Diebstähle, Unterschlagungen und Betrügereien beziehen, welche von Personen, die sich in Lohn oder Kost des Verletzten befinden, zu beseitigen sein.

Diese Erweiterungen der Antragsverbrechen, gegenüber den Bestimmungen des Preußischen Strafgesetzbuches, sind nicht durch die Entwürfe zum Strafgesetzbuche vorgeschlagen, sondern erfolgten erst im Reichstage gelegentlich der zweiten Lesung. Die praktischen Erfahrungen, die man seit Bestehen des Deutschen Strafgesetzbuches mit §. 247 gemacht hat, haben denn schon jetzt dazu geführt, daß für die bevorstehende Revision des Strafgesetzbuches auch diese Bestimmung als eine der Abänderung bedürftige bezeichnet worden ist. Und gewiß mit vollem Recht. Das Verhältniß, in welchem Personen, die in Lohn oder Kost sich befinden, zu ihren Dienst- und Arbeitsgebern stehen, begründet ein besonderes Treuverhältniß. Dieser Gesichtspunkt war es denn auch, welcher das Preußische Strafgesetzbuch (§. 217 Nr. 4) dazu bestimmt hatte, Diebstähle, welche Personen, die gegen Lohn oder Kost dienen, gegen ihre Herrschaft oder gegen einen Dritten verübten, welcher sich in der Wohnung der Herrschaft befand, mit einer schwereren Strafe zu bedrohen. Der erste Entwurf (§. 217) hatte diesen Qualificationsgrund des Diebstahls beibehalten, der

Digitized by Google

revidirte Entwurf denselben aufgegeben, und die Motive bemerkten hierzu:

„Die Bestimmungen des §. 217 des Preußischen Strafgesetzbuches sind nicht wieder aufgenommen. Dieselben haben zu vielfachen Streitfragen Anlaß gegeben, ohne daß andererseits sie durch ein praktisches Bedürfniß gerechtfertigt sind. Das in §. 237 (— jetzt §. 242 —) des Entwurfs vorgeschlagene Strafmaß reicht völlig hin, um in den in §. 217 des Gesetzbuches aufgeführten Fällen, sofern hier die Verschuldung des Diebes als eine schwerere sich darstellt, eine völlig angemessene Strafe erkennen zu können."

Daß mithin die Verletzung jenes Treuverhältnisses nach wie vor bei der Bestrafung des Diebstahls, wenn auch nur bei der Strafzumessung, nicht außer Acht bleiben solle, war die Ansicht, die dem revidirten Entwurfe zu Grunde lag. Welches nun die Motive gewesen sind, aus denen der Diebstahl, die Unterschlagung, der Betrug gegen solche Personen, in deren Lohn oder Kost sich der Thäter befindet, nur auf Antrag gestraft werden solle, erhellt aus den Materialien der Strafgesetzgebung nicht.*) Angenommen darf wohl werden, daß die Rücksichtnahme auf das Familienleben, auf die Interna der Häuslichkeit, das bestimmende Moment abgegeben habe. Dieser Grund ist aber nicht als ein zureichender zu erachten. Denn für die heute bestehenden Verhältnisse ist es der wahren Sachlage nicht entsprechend, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß Personen, welche gegen Lohn oder Kost Dienste leisten, die sich „in Lohn oder Kost befinden", als Familienangehörige des Arbeitgebers anzusehen sind. Man mag Anderes wünschen, man mag die vorhandenen Verhältnisse beklagen, das ändert aber nichts an dem wirklich Bestehenden. Und dieses läßt sich nicht wohl anders als in der Weise auffassen, daß das Verhältniß dessen, der gegen Lohn oder Kost dient, zu dem, in dessen Lohn oder Kost er sich befindet, im Wesentlichen nichts weiter ist, als ein contraktliches Verhältniß. Ja man wird nicht fehlgehen, wenn man behauptet, daß derartige Verhältnisse selbst da, wo der Inhalt derselben noch etwas Weiteres als ein blos contraktlicher sein mag, doch ihre Entwicklung dahin nehmen, ausschließlich contraktliche Verhältnisse zu werden. Hieran wird auch durch die Erwägung nichts geändert, daß man die moralischen Verpflichtungen der Arbeitsgeber gegen die Arbeiter durch bloße Erfüllung der contraktlichen Verpflichtungen nicht für erschöpft ansehen dürfe. Denn dieser Gesichtspunkt umfaßt viel mehr

*) Die betreffende Aenderung ist in der Commission des Reichstages vorgenommen (vergl. Drucksachen Nr. 85) und hat im Plenum zu keinen Erörterungen Veranlassung gegeben.

Digitized by Google

als diejenigen Verhältnisse, von denen das Deutsche St. G. B. §. 247 handelt, wie denn überhaupt Betrachtungen dieser Art für die Aufgaben der Strafgesetzgebung durchaus resultatlos sein würden. Höchstens darf gesagt werden, daß die Deutsche Strafgesetzgebung, soweit sie es überhaupt vermochte, auf das Verhältniß zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern einzuwirken, der gedeihlichen Entwicklung desselben eher hinderlich als förderlich geworden ist. Der Dienstbote, der Fabrikarbeiter, der Geselle, der Lehrling, sie alle wissen, daß sie straflos stehlen, unterschlagen, betrügen dürfen, falls nur nicht der Arbeitgeber selbst ihre Bestrafung beantragt und den Strafantrag bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Erkenntnisses aufrecht erhält. Und der Arbeitgeber, der davon Kenntniß erlangt, daß Veruntreuungen gegen ihn begangen sind, wird in vielen Fällen es vorziehen, die Ermittlungen zur Feststellung der Thäterschaft zu unterlassen, da, selbst wenn dieselben zum Ziele führten, eine Bestrafung doch erst dadurch möglich würde, daß er selbst die Strafverfolgung dieses Thäters beantragt. Ein solches Verhältniß erzeugt Mißtrauen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, keineswegs aber kann es dazu beitragen, derartige Zustände herbeizuführen, von denen der Reichstag ausgegangen zu sein scheint, wenn er Personen, die gegen Lohn oder Kost dienen, den Kindern, Mündeln u. s. w. gleichstellt.*)

Richtig ist es ja, daß unter den hier besprochenen Verhältnissen Diebstähle u. s. w. vorkommen, an deren Verfolgung dem öffentlichen Interesse nichts gelegen ist. Das ist aber vor der Geltung des Deutschen Strafgesetzes ebenso der Fall gewesen, und bevor man sich dazu entschloß, die hier in Betracht gezogene Vorschrift des §. 247 zu treffen, wäre es doch erforderlich gewesen, den Nachweis dafür beizubringen, entweder, daß während der Geltung des Preußischen Strafgesetzbuches die Staatsanwaltschaft genöthigt gewesen sei, derartige, die häusliche Sphäre nicht überschreitenden, Diebstähle so häufig zu verfolgen, daß darunter die Staatsanwaltschaft durch Ueberhäufung ihres Geschäftsbetriebes zu leiden gehabt; oder daß die Integrität des Familienlebens dadurch geschädigt sei, daß die Staatsanwaltschaft auch wider Willen des Verletzten derartige Diebstähle verfolgte, und daß diese Benachtheiligung des Familienlebens höher zu veranschlagen sei, als die Benachtheiligung der öffentlichen Rechtsordnung, welche aus der Nichtverfolgung und Nichtbestrafung der von Dienstboten gegen ihre Herrschaften u. s. w. begangenen Diebstähle, Unterschlagungen, Betrügereien sich ergeben würde. Hierfür scheint der Beweis aber nicht einmal

*) Ueber die Schlußbestimmung des §. 247 wird weiter unten noch gehandelt werden.

Digitized by Google

angetreten zu sein; und noch weniger wird man behaupten wollen, daß er geführt sei. Sehen wir aber zu, was durch die Aenderung der Gesetzgebung bewirkt wurde, so zeigt sich Folgendes: Diebstähle u. s. w. von Hausgesinde, Arbeiter u. s. w. sind begangen worden, und werden begangen. Waren solche Diebstähle der Art, daß sie über die Sphäre der Häuslichkeit nicht hinausreichten, so erfuhr die Staatsanwaltschaft entweder überhaupt nichts davon, oder war dies dennoch der Fall, so nur in Folge einer Anzeige des Verletzten. Die Bestrafung konnte also factisch ohne den Willen des Bestohlenen in derartigen Fällen nicht wohl eintreten, und die Interessen der Häuslichkeit liefen in solchen Fällen nicht Gefahr, durch staatsanwaltliche Eingriffe beeinträchtigt zu werden. Nahmen dagegen derartige Diebstähle u. s. w. einen solchen Charakter an, daß durch deren Begehung die öffentliche Rechtsordnung verletzt erschien, sei es daß der Gegenstand des Verbrechens ein erheblicher, sei es daß die Ausführung des Verbrechens die Begehung desselben zur allgemeinen Kenntniß brachte, so war allerdings die Staatsanwaltschaft in der Lage, sofort einschreiten zu können; und hierdurch wurde das öffentliche Interesse gewahrt, und die Familien-Interessen in keiner Weise geschädigt. Denn konnte letzteres überhaupt geschehen, so doch ganz gewiß nicht dadurch, daß der diebische Dienstbote *bestraft* wurde, sondern nur dadurch, daß die Thatsache, es seien in dieser oder jener Häuslichkeit Diebstähle, Betrügereien u. s. w. vorgekommen, zur allgemeinen Kenntniß gelangten.

Und wie steht die Sache heute? Dasjenige, was der Staatsanwalt früher factisch nicht verfolgen *konnte*, ohne daß ihm die Anzeige von dem Geschehenen geworden war, das *darf* er auch heute nicht verfolgen, falls ihm nicht unter dem Namen des *Antrages* die Anzeige gemacht wird. Während aber früher der Staatsanwalt, wenn er auf die ihm gewordene Anzeige hin die Verfolgung begonnen hatte, auch sicher sein durfte, daß er im Stande sein werde, die Sache durchzuführen, so weiß er jetzt, daß alle seine Mühe vergeblich sein wird, sobald es dem Antragsteller aus irgend welchen, wenn auch noch so nichtigen Gründen gefallen sollte, seinen Antrag vor Verkündigung des Strafurtheils zurückzuziehen. In denjenigen Fällen aber, in denen früher der Staatsanwalt wegen der Publicität der Sache ohne Weiteres einzuschreiten hatte, da darf er dies nicht ohne den Strafantrag des Verletzten, und darf es nur so lange, als der Verletzte den Strafantrag nicht zurückgezogen hat. Und daß dem so ist, darin kann nur die erheblichste Schädigung der Rechtsordnung erblickt werden; aus dieser Vorschrift haben sich Zustände entwickelt, deren Nachtheile durch keinerlei Vortheile irgend welcher Art neutralisirt werden.

Der Umstand aber, daß unter den hier besprochenen Diebstählen u. s. w.

Digitized by Google

sich auch solche finden, welche die Sphäre der Privat-Interessen nicht überschreiten mögen, kann nur die Folge haben, daß seitens der Gesetzgebung der Staatsanwaltschaft die Berechtigung gewährt wird, in Fällen dieser Art nicht zu verfolgen, oder, wenn hierzu seitens des Verletzten die Aufforderung an sie erginge, denselben auf den Weg der Privatklage zu verweisen.

5. Welche allgemeine Vorschriften sind in Betreff der Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters zu treffen?

a. Wer ist der Antragsberechtigte? Die Antwort auf diese Frage giebt in ausreichender Weise die Vorschrift des §. 65. Doch führt das Princip, nach welchem die Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters überhaupt zu beurtheilen sind, zu einzelnen Consequenzen, die von den Sätzen, welche für die Antragsdelicte privatrechtlichen Charakters aufzustellen waren, erheblich abweichen.

Zunächst möchte die Frage entstehen, ob es bei Antragsverbrechen dieser Art der ausdrücklichen Stellung des Antrags zum Zwecke der Strafverfolgung bedürfe, oder ob nicht auch andere Handlungen des Verletzten dem Antrage auf Strafverfolgung gleich zu stellen seien? Erwägt man nun, daß bei Antragsverbrechen dieser Art der Staat auf die Verfolgung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches um deswillen verzichtet, weil er das Interesse des Verletzten an der Nichtverfolgung für berücksichtigenswerther erachtet, als die Realisirung des ihm entstandenen Rechtes der Strafverfolgung, so wird diese Rücksichtsnahme auf die Interessen des Verletzten doch nur so lange Platz greifen dürfen, als dieser selbst nichts dazu thut, auf anderem Wege das ihm gewordene Unrecht zur öffentlichen Kenntniß zu bringen. Man wird daher zur Aufstellung des Satzes berechtigt sein, daß, wenn der Staat auf die Verfolgung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches verzichtet, damit die an dem Verletzten begangene That nicht zur allgemeinen Kenntniß gelange, auch der Verletzte nichts thun dürfe, was zu diesem Resultate führt, und daß, wenn der Verletzte derartiges dennoch thut, auch das Recht des Staates zur Verfolgung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches zu realisiren sei. Wenn daher der Verletzte zwar nicht den Strafantrag stellen, wohl aber den Entschädigungsanspruch gerichtlich geltend machen sollte, so würde hieraus, da die Geltendmachung des Entschädigungsanspruches für den Verletzten die gleichen Nachtheile mit sich bringt, wie die seitens des Staates eingeleitete Strafverfolgung, auch der Staat berechtigt sein, ohne Stellung des Strafantrages die Strafverfolgung eintreten zu lassen.

Davon, daß der Strafantrag vererblich sein möchte, kann natürlich bei den Antragsdelicten öffentlich-rechtlichen Charakters nicht die Rede sein.

Digitized by Google

Denn einen Strafanspruch, welchen der Staat erworben, und auf dessen Verfolgung er im Interesse des Verletzten verzichtet, kann der Verletzte, dem ja dieser Strafanspruch gar nicht erworben ist, unmöglich auf seinen Rechtsnachfolger übertragen. Aber eine ganz andere Frage ist es, ob nicht dem Tod des Antragsberechtigten die Folge beizulegen sei, daß der Staat, auch ohne daß der Antrag gestellt wurde, die Strafverfolgung eintreten lassen könne. So viel ist klar, daß, wenn der Staat auf die Verfolgung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches im Interesse des Verletzten verzichtet, dieses Interesse mit der Existenz des Verletzten ebenfalls erlöschen muß. Käme dieses mithin allein in Betracht, so würde auch nicht abzusehen sein, was denn den Staat veranlassen sollte, nach erfolgtem Tode des Verletzten den ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruch zur Geltung zu bringen? Und nach der bestehenden Gesetzgebung könnte es auch scheinen, daß §. 65 ausschließlich die Interessen des Verletzten im Auge gehabt habe. Denn so viel steht zwar fest, daß, wenn beispielsweise die Genothzüchtigte die Strafverfolgung nicht will, im Falle der Majorennität der Verletzten Niemand die Strafverfolgung erzwingen kann. Aber ebenso steht es auch fest, daß die Verletzte, wenn sie nur das 18. Lebensjahr vollendet hat, und die Strafverfolgung will, keine Familien-Interessen sie rechtlich daran hindern könnten, die Strafverfolgung, zur Schande ihrer Familie ebenso wie zu ihrer eigenen, durchzusetzen. Im Hinblick auf die Vorschrift des §. 65 dürfte man daher sagen, daß, da der Staat *nur* im Interesse des Verletzten auf die Geltendmachung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches verzichtet, der Tod des Antragsberechtigten ihm jeden Grund zu jenem Verzichte entziehe, und daß daher die Strafverfolgung auch ohne Antrag stattzufinden habe. Doch glaube ich, daß die Beschränkung des Verzichts auf Strafverfolgung lediglich im Interesse des Verletzten nicht überall richtig ist. Und so möchte ich denn an dieser Stelle mehr eine Anregung geltend machen, als eine Entscheidung treffen.

b. *Bis zu welchem Zeitpunkte kann der Strafantrag zurückgenommen werden?* Principiell wird zu sagen sein, daß bei Antragsdelicten öffentlich-rechtlicher Natur der einmal gestellte Antrag überhaupt nicht mehr zurückgenommen werden darf. Denn die Zurücknahme des Strafantrages ist die Consequenz davon, daß dem Antragsberechtigten ein strafrechtlicher Anspruch entstanden ist, und diese Voraussetzung trifft ja in Fällen der vorliegenden Art nicht zu. Hier ist vielmehr davon auszugehen, daß durch die Stellung des Antrages die Erklärung abgegeben wird, daß diejenigen Verhältnisse, bei deren Vorhandensein der Staat auf den ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruch verzichten zu wollen erklärt hat, in dem concreten Falle nicht vorliegen. Die Zurücknahme des An-

Digitized by Google

trages hat demnach nur die Bedeutung eines Widerrufs jener Erklärung. Und mit Rücksicht darauf, daß unmittelbar nach Begehung der That der Antragsberechtigte im höheren Maße die Folgen des begangenen Verbrechens, als die Folgen, welche der Verlauf des Strafverfahrens für ihn haben wird, zu würdigen vermag, wird es zulässig erscheinen, ihm zu gestatten, dasjenige, was er in der unmittelbaren, durch die That veranlaßten Erregung gethan hat, zu widerrufen, d. h. mit anderen Worten den Antrag zurückzuziehen. Diese dem Antragsberechtigten aus Billigkeitsgründen einzuräumende Befugniß findet aber ihre naturgemäße Grenze an der Stelle, wo der Staat die processualische Verfolgung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches begonnen hat. Nach dem jetzt bestehenden, ebenso nach dem durch den Entwurf einer Strafproceßordnung in Aussicht genommenen Verfahren ist aber der Beginn des eigentlichen Strafverfahrens nicht erst dann anzunehmen, wenn nach stattgehabter Voruntersuchung die Anklage bei dem erkennenden Strafgerichte erhoben wird, sondern es ist der Anfang des Strafverfahrens bereits in dem Antrage des Staatsanwalts, daß eine gerichtliche Voruntersuchung stattfinde, zu erblicken. Und hierin würde auch die sachgemäße Grenze für die Zurückziehung des Strafantrages zu finden sein.

c. Kann der Antrag auf Bestrafung getheilt werden? Diese Frage ist für die Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters unbedingt zu verneinen, und zwar ausnahmslos zu verneinen. Die Ausnahmen, welche das Deutsche St. G. B von der in §. 63 aufgestellten Regel in den §§. 247 Abs. 3 und 263 Abs. 4 gemacht hat, würden sich meiner Ansicht nach auch dann rechtfertigen, wenn die durch jene Vorschriften gewährte Antragsbefugniß in der Weise, wie dies oben in Vorschlag gebracht, beschränkt werden sollte. Denn mag das Verhältniß des Vaters zum Kinde u. s. w. es in genügender Weise motiviren, daß ein von dem Kinde gegen den Vater begangenes Delict durch letzteren verziehen werden kann, so hat dieser Gesichtspunkt die Grenze seiner Berechtigung darin, daß überhaupt Alles, was geschehen ist, auf diejenigen persönlichen Verhältnisse beschränkt bleibt, von denen §. 247, §. 263 handeln. Es ist aber etwas vollkommen Verschiedenes, ob das Kind für sich allein seine Eltern bestiehlt oder betrügt, oder ob das Kind mit anderen Personen sich verbündet, um die gleichen Verbrechen gegen die Eltern zu begehen. Richtig ist es daher, wenn das Gesetz gegen diejenigen Personen, welche „nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen", die Strafverfolgung verlangt, auch ohne daß ein Strafantrag gestellt wird. Wenn aber demgemäß verfahren wird, so ist es unmöglich, das Interesse, welches der Verletzte daran hat, daß überhaupt nicht procedirt werde, zu

Digitized by Google

wahren. Es bliebe also nur die Befugniß des Verletzten übrig, durch Nichtstellung des Strafantrages die Bestrafung von dem Kinde u. s. w. abzuwenden. Und das, glaube ich, ist unzulässig. Soll eine Handlung wegen des persönlichen Verhältnisses, in welchem der Thäter zu dem Verletzten steht, als straflos gelten, so mag das Gesetz dieses bestimmen, wie dieses ja auch durch §. 247 Abs. 2*) geschehen ist. Aber die Entscheidung darüber, ob bei dem Vorhandensein gewisser persönlicher Verhältnisse die Bestrafung stattfinden solle, in das Ermessen des Verletzten zu legen, widerstreitet dem Rechtsgefühl. Für das, was geschehen, ist der Sohn als Thäter, Anstifter, Gehülfe ebenso strafrechtlich verantwortlich, wie die übrigen Betheiligten; ja es kann der Sohn sehr wohl durch seine Kenntniß der häuslichen Gelegenheiten als der hauptsächlichst Schuldige sich darstellen. Und dennoch soll er allein straflos bleiben, weil sein Vater ihm verziehen, während die übrigen Complicen die Strafe zu erdulden haben? Und gesetzt, es wären bei dem Diebstahle u. s. w. nicht ein Kind, sondern mehrere derselben in ganz gleicher Weise betheiligt gewesen, soll es dann auch dem Vater gestattet sein, dem einen und vielleicht dem schuldigsten Kinde zu verzeihen, während er die Bestrafung der übrigen beantragt? Nach der Vorschrift des §. 247 scheint dies nicht unzulässig zu sein.

d. Wann erlischt das Recht des Strafantrages? Es könnte sich fragen, ob die dreimonatliche Frist des Strafantrages für Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters zu rechtfertigen sei. Für die Verneinung würde geltend zu machen sein, daß bei Antragsdelicten privatrechtlichen Characters jene Frist als eine Frist sich darstellt, innerhalb deren die Klageverjährung für den Antragsberechtigten eintritt. Da nun bei den Antragsdelicten öffentlich-rechtlichen Characters dem Verletzten überhaupt kein strafrechtlicher Anspruch entsteht, so kann auch für Fälle dieser Art die dreimonatliche Frist des §. 61 unter dem Gesichtspuncte der Klageverjährung nicht aufgefaßt werden. Erwägt man weiter, daß dem Thäter daraus, daß das von ihm begangene Verbrechen nur auf Antrag verfolgt werden soll, keine Rechte entstehen, daß vielmehr der Verzicht des Staates auf die Geltendmachung des ihm entstandenen strafrechtlichen Anspruches nur daraus sich erklärt, daß die Interessen des Verletzten an der Nichtverfolgung gegenüber dem Interesse, welches der Staat an der Verfolgung hat, für die

*) Auffallend ist es, daß, wenn der Vater den Sohn bestiehlt, dies straflos ist, daß dagegen der Sohn die Bestrafung des Vaters beantragen kann, wenn letzterer ihn betrogen hat. Nahm man in §. 263 die Analogie von §. 247 Abs. 1 auf, so hätte man nicht unterlassen sollen, auch die Analogie von §. 247 Abs. 2 für §. 263 anzuerkennen

Digitized by Google

bedeutenderen erachtet werden; erwägt man ferner, daß die Interessen, welche der Verletzte an der Nichtverfolgung hat, nach Ablauf der dreimonatlichen Frist sich durchaus ändern können, dergestalt, daß zu einer späteren Zeit der Verletzte durchaus keinen Grund mehr hat, die Nichtverfolgung zu wünschen; so wird man aus diesem Allem zu dem Resultate gelangen, daß die Möglichkeit, den Strafantrag zu stellen, bis zum Ablauf der für das begangene Delict gesetzlich bestimmten Verjährungsfrist zulässig sein müsse. Erwägt man jedoch andererseits, daß die Verjährung der Strafverfolgung nur für die Fälle anzunehmen ist, in denen wegen Nichtkenntniß des Verbrechens oder des Thäters die Verfolgung factisch nicht möglich ist, so wird man die Gesichtspuncte der Verjährung auf solche Fälle nicht übertragen mögen, bei denen die Geltendmachung der Antragsbefugniß davon abhängig gemacht ist, daß der Verletzte über Thäter und That Kenntniß erlangt hat. Man wird vielmehr davon auszugehen haben, daß der Staat auf die Verfolgung des aus der Begehung gewisser Verbrechen ihm entstehenden Strafanspruchs verzichten wolle, falls ihm nicht durch den Strafantrag Gewißheit darüber geworden, daß die Interessen des Verletzten auf Nichtverfolgung in dem vorliegenden Falle nicht vorhanden seien. Ob nun diese Bedingung eintreten, oder ob die Verhältnisse sich derartig gestalten werden, daß statt des in Aussicht genommenen Verzichts die Strafverfolgung einzutreten habe, darüber darf im Interesse der Strafverfolgung selbst nicht zu lange Zeit hindurch Ungewißheit bestehen bleiben. Und so ist denn, wenn auch in anderer Weise motivirt als bei den Antragsdelicten privatrechtlichen Charakters, die in §. 61 bestimmte Frist zur Stellung des Antrages auch für die Antragsdelicte öffentlichrechtlichen Charakters zu rechtfertigen.

Der Verlust der Antragsbefugniß ist aber in Betreff der Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters dann anzunehmen, wenn die Strafverfolgung seitens des Staates in legitimer Weise erfolgte, ohne daß der Antrag gestellt wurde. Und dies ist allemal dann der Fall, wenn durch richterlichen Beschluß die Verfolgung der begangenen That bestimmt worden ist, ohne daß hierfür die Stellung des Antrages für erforderlich erachtet worden wäre. Ergiebt dann das weitere Verfahren, daß ein Delict vorliege, welches nur auf Antrag verfolgt werden soll, so ist dieser Umstand nunmehr für das weitere Verfahren bedeutungslos. Denn immer handelt es sich ja bei Delicten dieser Art nur darum, daß nicht durch die Verfolgung die Interessen, welche der Verletzte an der Nichtverfolgung hat, geschädigt werden. Hat aber die Verfolgung begonnen, so sind dadurch diese Interessen unwiderbringlich verloren, und es bleibt, wie schon oben darauf hingewiesen wurde, allein das Interesse der öffentlichen Ordnung

Digitized by Google

übrig, das Interesse des Staates, daß das begangene Delict verfolgt werde.

6. Sind in Betreff der Antragsverbrechen öffentlich-rechtlichen Charakters besondere Vorschriften in Betreff des Verfahrens zu empfehlen? Diese Frage ist unbedingt zu verneinen! Ist erst in Folge des gestellten Antrags das strafprocessualische Verfahren in Gang gebracht, so gestaltet sich dasselbe unabhängig davon, daß ein Antrag gestellt wurde, ganz in derselben Weise, wie sich jedes andere Strafverfahren gestaltet, in welchem ein dem Staate entstandener strafrechtlicher Anspruch verfolgt wird.

Auch hinsichtlich der Zulässigkeit der subsidiären Privatklage ist der Umstand, daß es sich um die Verfolgung eines Antragsdelictes öffentlich-rechtlichen Charakters handelt, vollkommen gleichgültig.

Beschränkt die Gesetzgebung die subsidiäre Privatklage auf die Fälle der Antragsdelicte öffentlich-rechtlichen Charakters, so würde der Antragsberechtigte, indem er das gegen ihn begangene Verbrechen im Wege der Privatklage verfolgt, immer nur im öffentlichen Interesse denjenigen strafrechtlichen Anspruch verfolgen, welcher durch die Begehung des Verbrechens dem Staate erwachsen ist; sein Recht würde er dadurch ebenso sehr und ebenso wenig verfolgen, wie es der Fall sein würde, wenn der Verstümmelte, der Beraubte, wenn die Hinterbliebenen eines Ermordeten, mittelst der subsidiären Privatklage eines dieser Verbrechen verfolgten.

Stellen wir schließlich die durch die voraufgehende Darstellung begründeten Thesen zusammen, so sind es folgende:

I. Die Gesetzgebung hat diejenigen Delicte zu bezeichnen, bei denen ausschließlich das Verfahren mittelst der Privatklage stattfindet. Zu diesen Delicten würden zu zählen sein: Die Antrags-Uebertretungen (St. G. B. §. 370 Nr. 4—6), der Ehebruch, die Beleidigungen — mit Ausschluß der §§. 196, 103, 104 —, der Nachdruck, (Gesetz vom 11. Juni 1870 §§. 18 ff. 27, 28.), sowie die Vorschriften des Preßgesetzes von 7. Mai 1874 §§. 10, 11, 19.

Die Vollstreckung des auf dem Wege der Privatklage erstrittenen rechtskräftigen Erkenntnisses findet nur auf Antrag statt.

II. Bei Vergehen, deren gesetzlicher Thatbestand auch solche Fälle mit umfaßt, durch deren Begehung lediglich das Interesse des Verletzten, nicht aber das der öffentlichen Rechtsordnung verletzt wird, (leichte Körperverletzungen, Diebstähle, Betrug, Vermögensbeschädigung), ist die Staatsan-

Digitized by Google

waltschaft anzuweisen, die Verfolgung ihrerseits nur dann eintreten zu lassen, wenn sie das öffentliche Interesse für verletzt erachtet, anderenfalls aber den die Bestrafung beantragenden Verletzten auf die Privatklage zu verweisen.

Die Vollstreckung des mittelst der Privatklage erstrittenen rechtskräftigen Erkenntnisses findet auch in diesem Falle nur auf Antrag statt.

III. Die Zahl der Delicte öffentlich-rechtlichen Charakters, welche nur auf Antrag verfolgt werden dürfen, ist möglichst einzuschränken; namentlich sind aus dem Kreise derselben auszuschließen: die Körperverletzungen, St. G. B. §. 223, sowie der Diebstahl, die Unterschlagung und der Betrug gegen solche Personen, in deren Lohn oder Kost sich der Thäter befindet. (St. G. B. §§. 247, 263).

Bei den Antragsdelicten dieser Art darf der Antrag, nachdem die Einleitung der Voruntersuchung beschlossen, oder falls eine solche nicht stattgefunden hat, die Anklage erhoben ist, nicht mehr zurückgezogen werden.

Auch bedarf es in solchen Fällen des Antrages nicht, wenn in Folge richterlichen Beschlusses das Verfahren wegen eines Nicht-Antragsdelicts eröffnet wurde, und erst im Laufe des Verfahrens es sich herausstellen sollte, daß nur ein solches Delict vorliegt, welches zu den Antragsdelicten öffentlich-rechtlichen Charakters gehört.

Digitized by Google

XIII.

Gutachten des Herrn Obertribunalsraths Dr. Struckmann zu Berlin

über die Frage:

Soll die väterliche Gewalt, insbesondere als Grund der Beschränkung der Handlungsfähigkeit, kraft des Gesetzes mit der Großjährigkeit des Hauskindes erlöschen?

Die väterliche Gewalt (patria potestas) war, wie auch schon der Name andeutet, bei den Römern bekanntlich ein Institut, welches ursprünglich auf der einen Seite nur Rechte, auf der anderen nur Pflichten erzeugte, und auch im Laufe der Zeit, als die Schärfe des Princips sich abstumpfte, das Maß der Rechte auf Seiten des Vaters durchaus überwiegen ließ. Sie beruhte auf dem Gedanken der Einheit der (agnatischen) Familie, deren Haupt der Vater war; diesem Haupte waren die Kinder in ähnlicher Weise unterworfen, wie die Sclaven dem Herrn; seine Herrschaft reichte ursprünglich bis zu dem Rechte, über Leben und Freiheit der Kinder zu verfügen.

Ein consequenter Ausfluß dieses Wesens der väterlichen Gewalt war es, daß auch die Beendigung derselben allein, oder in späterer Zeit wenigstens fast allein, von dem Willen des Vaters abhing, daß insbesondere die Kinder keinerlei Einfluß darauf hatten. Die einzige Beendigungsart war — ab-

Digitized by Google

gesehen von der gleichfalls ausschließlich von dem Willen des Vaters abhängenden datio in adoptionem plenam, welche an die Stelle der väterlichen Gewalt des natürlichen Vaters die des Adoptivvaters setzte — ursprünglich die Emancipation, ein formeller gerichtlicher (später auch landesherrlicher Akt, dessen Vornahme ausschließlich in dem Belieben des Vaters lag und von den Kindern nicht erzwungen werden konnte. In der späteren Kaiserzeit traten freilich als Aufhebungsgründe die Verkuppelung der Tochter und die Eingehung einer blutschänderischen Ehe seitens des Vaters, so wie die Erlangung gewisser Aemter, insbesondere des Episcopats, seitens der Söhne hinzu; allein diese selten vorkommenden Ausnahmefälle, von welchen die beiden ersten zudem nur Strafbestimmungen sind und einen Einfluß des Willens der Kinder auf die Beendigung der väterlichen Gewalt nicht documentiren, vermochten doch das Princip nicht zu erschüttern, daß die väterliche Gewalt eine lebenslängliche, nur mit dem Willen des Vaters früher zu beendigende sei.

Ganz anders ist die Auffassung des älteren deutschen Rechts. Dieses kennt keine väterliche Gewalt, keine einseitige Herrschaft des Vaters über die Kinder, sondern nur ein Mundium, ein Schutzverhältniß, eine natürliche Vormundschaft des Vaters über die Kinder mit gegenseitigen Rechten und Pflichten. (Kraut: Vormundschaft II. S. 586 ff. 618 ff.) Eine Folge davon ist, daß auch die Dauer dieses Verhältnisses keine lebenslängliche war, und die Beendiguug nicht von dem einseitigen Belieben des Vaters abhing. Zwar herrschen darüber verschiedene Ansichten, ob nach dem ursprünglichen Princip des deutschen Rechts solches in einzelnen Rechtsbüchern und älteren Particularrechten (vergl. z. B. Schwabenspiegel I. 59: „Ein vater soll sinen sun von im scheiden als er fünf und zwanzig jar alt wirt mit als vil guotes als er geleisten was — und tuat ers nicht gerne, er behabet ez im mit rechte an"; altes Mühlhauser Rechtsbuch bei Förstemann S. 34: „Ein iclich man sal zu rechti sini ekint virste di wili su nicht zuetigh jar alt sien,") deutlich ausgedrückt ist, daß die väterliche Vormundschaft ohne Weiteres mit der erreichten Mündigkeit ihr Ende erreichte, oder ob die Abtheilung oder die Anlegung eines besonderen Haushalts hinzukommen mußte (vergl. hierüber Kraut a. a. O. II. S. 591 ff 646 n. 5); allein darüber, daß die Beendigung jedenfalls eintrat, wenn das Kind nach erreichter Volljährigkeit einen selbständigen Haushalt begründete, besteht keinerlei Zweifel.

Diese selbständigere Stellung der Kinder dem Vater gegenüber war aber so fest in dem Bewußtsein des deutschen Volks begründet, daß zur Zeit der Reception des römischen Rechts die römisch-rechtliche Lehre von der väterlichen Gewalt selbst in der abgeschwächten des Justinianischen

Digitized by Google

Rechts sich nirgends in Deutschland unbedingten Eingang hat verschaffen können, daß sie vielmehr nur in sehr modificirter Weise Theil des gemeinen Rechts geworden ist. Insbesondere hat in Bezug auf die Beendigung der väterlichen Gewalt das deutsch-rechtliche Princip entschieden die Oberhand behalten, und es ist unbestritten als ein Satz des heutigen gemeinen Rechts anzusehen, daß die väterliche Gewalt bei Söhnen durch Anlegung eines besonderen Haushalts, bei Töchtern durch ihre Verheirathung beendigt wird.

Weiter in dieser Hinsicht sind neuere Gesetzgebungen gegangen. Das Oesterr. Gesetzbuch bestimmt in §. 172:

> „Die väterliche Gewalt hört mit der Großjährigkeit des Kindes sogleich auf, wofern nicht aus gerechter Ursache die Fortdauer derselben auf Ansuchen des Vaters von dem Gerichte verwilliget und öffentlich bekannt gemacht worden ist;"

und der code civil sagt in Art. 372 ganz unbedingt:

L'enfant reste sous l'autorité (de ses père et mère) jusqu'à sa majorité ou son emancipation.

Aehnliche Bestimmungen enthalten das Niederländ. Gesetzbuch Art 354 (welches hierin dem stets in den Niederlanden geltenden Rechte gefolgt ist; vergl. Voet comm. ad Pand. Lib. I. tit. 7 §. 15; Kraut a. a. O. II. S. 646 n. 5), das Züricher bürgerliche Gesetzbuch §. 275 c. und den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen I. 3 Art. 44.

Auf der anderen Seite hat nicht blos das Preuß. Allg. Landrecht in Th. II. Tit. 2 §§. 210 ff, sondern in neuester Zeit auch das bürg. Gesetzbuch für das Königreich Sachsen in Art. 1832 den gemeinrechtlichen Grundsatz beibehalten, daß die väterliche Gewalt nicht schon mit der Großjährigkeit des Kindes, sondern bei Söhnen erst mit der Gründung eines besonderen Haushalts, bei Töchtern mit deren Verheirathung ihr Ende erreiche, während von einer Rückkehr zu den römisch-rechtlichen Principien bei keiner der legislatorischen Arbeiten die Rede gewesen ist.

Dieser kurze historische Ueberblick dürfte schon genügen, um außer Zweifel zu stellen, daß bei einer gesetzgeberischen Regelung der hier behandelten Frage — abgesehen von untergeordneten Modificationen, auf die ich später mit wenigen Worten zurückkommen werde — nur die Wahl bleibt zwischen einer Beibehaltung des gegenwärtig noch im bei weitem größten Theile Deutschlands geltenden gemeinrechtlichen Grundsatzes, und zwischen der Aufhebung der väterlichen Gewalt durch den Eintritt der Großjährigkeit, daß dagegen eine Wiederaufnahme der Principien des römischen Rechts dem Rechtsbewußtsein des gesammten deutschen Volks auf das entschiedenste widerstreiten würde und daher gar nicht in Frage

Digitized by Google

kommen kann. Unter jenen beiden Alternativen aber trage ich kein Bedenken, der letzteren unbedingt den Vorzug zu geben.

Die väterliche Gewalt in ihrem deutsch-rechtlichen Sinne, wie sie in das gemeine Recht und in die neueren Gesetzgebungen übergegangen ist, und allein dem modernen Rechtsbewußtsein entspricht, trägt, wie schon im Eingange dieses Gutachtens hervorgehoben wurde, nicht so wohl den Charakter einer Herrschaft des Vaters über die Kinder, als denjenigen der Vormundschaft an sich. Der Vater ist der natürliche, geborene Vormund seiner Kinder. Aus dieser Stellung erwachsen ihm Rechte gegenüber den letzteren; aber diese Rechte werden beschränkt durch den Zweck der Vormundschaft, welche darin besteht, den Kindern Schutz zu gewähren und ihre beschränkte Handlungs- und Dispositionsfähigkeit zu ergänzen. Des Schutzes aber bedürfen die Kinder nur, so lange sie minderjährig sind. Die staatliche Gesetzgebung geht davon aus, daß mit dem Eintritt der Großjährigkeit Jemand befähigt sei, sich selbst zu schützen und seine Angelegenheiten selbst zu verwalten, und hat nach eben diesem Gesichtspunkte den Zeitpunkt der Großjährigkeit bestimmt. In dieser Beziehung nun einen Unterschied zu machen zwischen Personen, welche einen Vater haben, und solchen, welche desselben entbehren, liegt vom Standpunkte des Kindes aus keinenfalls ein innerer Grund vor; die Einen werden durchschnittlich nicht minder befähigt sein, ihre Geschäfte selbst wahrzunehmen, als die Anderen, und es fordert daher auch die Consequenz, sie in Bezug auf die Handlungsfähigkeit nicht ungünstiger zu stellen.

Ungeachtet dieser unleugbaren Consequenz aber haben sehr beachtenswerthe Stimmen (vgl. z. B. Bornemann: Preußisches Civilrecht Bd. 5 S. 303) sich gegen die Beendigung der väterlichen Gewalt durch die Großjährigkeit aus Rücksicht auf die besondere Stellung des Kindes zum Vater erklärt. Sie sagen, das Verhältniß des Mündels zum Vormunde sei ein anderes als das des Kindes zum Vater. So lange der Sohn in dem väterlichen Hause bleibe oder in Ansehung seiner Bedürfnisse von dem Vater ganz abhängig sei, könne es auf das wechselseitige Verhältniß nur nachtheilig einwirken und stehe mit der Natur desselben im Widerspruch, wenn der Sohn dem Vater ganz selbständig gegenüber gestellt werde.

Das Gewicht dieser Gründe ist nicht zu verkennen. Es kann namentlich nicht geleugnet werden, daß daraus, daß ein noch im väterlichen Hause gebliebener und von dem Vater in wirthschaftlicher Beziehung abhängiger Sohn dem Vater rechtlich völlig selbständig gegenüber steht, leicht Streitigkeiten entstehen können, die bei so nahen verwandtschaftlichen Verhältnissen, wie das des Vaters zum Sohne, ganz besonders zu verhüten sind. Allein auf der anderen Seite sind folgende Umstände zu be-

Digitized by Google

rücksichtigen, die auch vom practischen Standpunkte aus der entgegenstehenden Ansicht das Wort reden und das Gewicht jener Gründe meines Erachtens erheblich abschwächen:

1) Der Staat hat ein Interesse daran, daß derjenige, welchen er als Großjährigen für fähig ansieht, selbständig zu handeln, dieser Selbständigkeit auch sich erfreuen könne. Denn das Selbstbewußtsein des jungen Mannes wird dadurch gehoben, seine Thatkraft angespornt, ohne daß darunter die moralische Autorität des Vaters zu leiden und eine Außerachtlassung der nothwendigen Pietätsrücksichten einzutreten braucht.

2) Eben darin, daß der Sohn nicht in Folge der Großjährigkeit von der väterlichen Gewalt befreit wird, liegt oft das Hinderniß, daß er nicht in der Lage ist, sich auch wirthschaftlich von seinem Vater unabhängig zu stellen und das väterliche Haus zu verlassen. Zu den Rechten der väterlichen Gewalt gehört insbesondere der Nießbrauch an den bona adventitia, namentlich materna, der Kinder. Hört die väterliche Gewalt mit dem Eintritt der Großjährigkeit auf, so fällt von diesem Zeitpunkte an auch das Nießbrauchsrecht des Vaters weg, und mit Hülfe der zu ihrer freien Verfügung stehenden Adventitien werden die Kinder häufig im Stande sein, einen eigenen Haushalt zu gründen, wozu sie, lediglich auf ihre eigene Arbeitskraft angewiesen, vielleicht noch lange nicht in der Lage gewesen sein würden. Die Aufhebung der väterlichen Gewalt in Folge der Großjährigkeit trägt also selbst ein Correctiv in sich, daß die Fälle, in denen großjährige Söhne ungeachtet ihrer wirthschaftlichen Abhängigkeit vom Vater demselben rechtlich selbständig gegenüberstehen, sich mindern werden.

3) Nicht mindere Streitigkeiten, als zwischen dem Vater und dem in seinem Hause verbliebenen selbständigen Sohne zu befürchten sind, entstehen gegenwärtig da, wo zur Aufhebung der väterlichen Gewalt bei Söhnen die Gründung eines besonderen Haushalts erforderlich ist, über die Frage, ob diesem Erfordernisse genügt worden sei. Der Begriff des besonderen Haushalts ist der Natur der Sache nach ein sehr unbestimmter, kaum definirbarer. Die reichhaltige Rechtsprechung in den Gebieten des gemeinen Rechts über diesen Gegenstand (vgl. die zahlreichen diesen Punkt betreffenden Erkenntnisse in Seuffert's Archiv und bei Kraut a. a. O. II. S. 647 ff.) liefert den besten Beleg über die vielen Zweifel, welche sich in dieser Beziehung erhoben haben, und daß das Preuß. Allg. Landrecht ungeachtet der Casuistik, womit es diese Materie in den §§. 212 und 213 a. a. O. behandelt hat, nicht im Stande gewesen ist, neue zahlreiche Controversen zu verhüten, ist der beste Beweis dafür, welche Schwierigkeiten eine Legaldefinition dieses Begriffs bietet. Allen diesen Schwierigkeiten entgeht man selbstverständlich, wenn man die väterliche Gewalt in Folge des Eintritts der Großjährigkeit endigen läßt.

Digitized by Google

4) Es liegt im dringenden Interesse des Verkehrs, jeden rechtlichen Unterschied zwischen Großjährigen, die unter väterlicher Gewalt stehen und solchen, die nicht darunter stehen, aufzuheben. Es ist schon eine große, aber allerdings nicht zu vermeidende Belästigung für Jemanden, der mit einem jungen Manne sicher contrahiren will, daß er sich vergewissern muß, ob derselbe bereits großjährig sei. Noch lästiger aber ist es, wenn er außerdem darüber Nachforschungen anzustellen hat, ob derselbe noch einen Vater besitzt und eventuell noch in dessen Gewalt sich befindet, Umstände, welche zudem äußerlich weit weniger hervortreten, als die Großjährigkeit.

Darnach glaube ich mit vollem Rechte behaupten zu dürfen, daß überwiegende principielle und practische Gründe für die Aufhebung der väterlichen Gewalt in Folge der Großjährigkeit sprechen. Außerdem aber scheint mir diese Lösung am meisten mit dem Rechtsbewußtsein des deutschen Volkes, welches gerade im Gebiete des Familienrechts besondere Beachtung verdient, zu harmoniren. Es würde mich von meiner Aufgabe zu weit entfernen, wenn ich hier untersuchen wollte, ob, wie gewichtige Autoritäten (Kraut a. a. O. II. S. 597 und 628, Bluntschli: Deutsches Privatrecht §. 222 Nr. 2 und Verhandlungen des zweiten Deutschen Juristentages II. S. 173, Heimsöth ebendaselbst S. 170) behaupten, schon nach den Grundsätzen des altdeutschen Rechts die väterliche Vormundschaft mit der Großjährigkeit des Kindes ohne Weiteres ihr Ende erreichte; jedenfalls dürfte die gegenwärtig bei uns im Volke herrschende Anschauung — und auf diese kommt es allein an — diese Richtung eingeschlagen haben. Dafür liefert der Umstand einen Beweis, daß seit dem Anfang dieses Jahrhunderts sämmtliche diese Frage behandelnden Gesetze und Entwürfe — mit alleiniger Ausnahme des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs — dieselbe in dem hier befürworteten Sinne beantwortet, daß ferner die Schriftsteller, welche sich mit dieser Frage beschäftigen, Theoretiker wie Praktiker, in ganz überwiegender Mehrheit sich in diesem Sinne geäußert haben (Zimmermann im Archiv für civilistische Praxi 50. S. 186, Kraut a. a. O. S. 646 n. 6, Stölzel in seinem lichtvollen Aufsatze über das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen im Justizministerialblatt von 1874 S. 182 ff.), daß endlich der deutsche Juristentag bereits im Jahre 1861 sich, nachdem hervorragende Mitglieder (Heimsoeth, Molitor, Bluntschli), ohne erheblichen Widerspruch zu finden, sich in diesem Sinne ausgesprochen hatten, fast einstimmig den Beschluß gefaßt hat:

> „Es ist wünschenswerth, daß über die Handlungsfähigkeit großjähriger Personen unter väterlicher Gewalt die Bestimmung getroffen werde, daß dieselben wegen ihrer Großjährigkeit aus der väterlichen Gewalt heraustreten."

Digitized by Google

Mit dieser principiellen Bejahung würde es übrigens wohl vereinbar sein, einzelne Modificationen eintreten zu lassen, um etwaige Schärfen des Princips zu mildern. In dieser Beziehung sind bisher hauptsächlich zwei Bestimmungen zur Sprache gekommen. Die erste findet sich in der bereits oben mitgetheilten Stelle des Oester. Gesetzbuchs und geht dahin, daß die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit nicht aufhöre, wenn aus gerechter Ursache die Fortdauer derselben auf Ansuchen des Vaters von dem Gerichte verwilliget und öffentlich bekannt gemacht worden sei. Der hier zu Grunde liegende Gedanke, daß es ein Mittel geben müsse, einen Großjährigen, welcher wegen Verschwendung oder aus ähnlichen Ursachen voraussichtlich nicht im Stande sein werde, seine Geschäfte selbst gehörig zu führen, noch ferner unter väterlicher Gewalt zu behalten, ist ohne Zweifel ein durchaus richtiger. Aber, wie schon Bluntschli bei den Verhandlungen des II. Deutschen Juristentags (II. S. 173) treffend bemerkt hat, liegt keine Veranlassung vor, dieserhalb in Bezug auf die väterliche Gewalt eine besondere Bestimmung zu treffen, da der Grund, weshalb eine Vormundschaft in diesem Falle neu einzuführen sei oder fortdauern müsse, mit der väterlichen Gewalt nicht zusammenhänge, sondern nur die individuelle Unfähigkeit sei, die bei einem Großjährigen, der keinen Vater mehr habe, eben so gut vorhanden sein könne. Vielmehr muß zur Abhülfe in derartigen Fällen die Gesetzgebung Mittel ergreifen, welche auf Großjährige, die bisher unter väterlicher Gewalt, und solche, die unter eigentlicher Vormundschaft standen, gleichmäßig Anwendung finden.

Zweitens hat Stölzel in dem obenerwähnten Aufsatze die Modification in Vorschlag gebracht, daß, wenn das Kind auch nach eingetretener Großjährigkeit gemeinsamen Hausstand mit dem Vater führe, die bisherigen Verhältnisse als fortwirkend betrachtet werden sollen, so daß Alimentation des Kindes und Nutzung des Vaters an dessen unfreiem Vermögen sich aufrechnen, während dem großjährigen Kinde, wenn es aus dem Vaterhause ausscheide, das Recht auf Begehr der Abschichtung gewährt werden solle. Auch diese Modification glaube ich nicht empfehlen zu können. Zwar hat es, wie nicht zu verkennen, auf den ersten Blick etwas Unnatürliches, ein Kind, welches im väterlichen Hause bleibt, vom 22. Jahre an dem Vater auf Rechnung und Gegenrechnung gegenüberzustellen. Auch tritt dem Vorschlage nicht, wie dem gemeinrechtlichen Grundsatze, das Bedenken entgegen, daß der Vater die Gründung des eigenen Haushalts hindern kann, weil es dem Kinde nach erreichter Großjährigkeit unbedingt freistehen soll, die Abschichtung zu verlangen, sobald es nur das väterliche Haus verläßt. Allein auf der anderen Seite erscheint es sehr bedenklich, die Handlungsfähigkeit eines Menschen von einer namentlich bei den heutigen wirthschaftlichen

Digitized by Google

Verhältnissen oft unklaren und zweifelhaften Thatsache abhängig zu machen. Denn, ob ein Kind aus dem väterlichen Hause geschieden ist, kann im einzelnen Falle — man denke z. B. an Söhne, die in einer Fabrik arbeiten, oder ein sie nicht vollständig ernährendes Amt bekleiden, aber bei dem Vater Wohnung oder Wohnung und Kost haben — oft begründeten Zweifeln unterliegen, und die hierüber ausbrechenden Streitigkeiten können einen eben so gehässigen Charakter annehmen, wie Streitigkeiten eines Vaters mit seinem Sohne über die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche nach eingetretener Großjährigkeit in Folge des Zusammenlebens im väterlichen Hause entstanden sind. Zudem darf man wohl annehmen, daß in den meisten Fällen, in welchen die Kinder auch nach dem Eintritt der Großjährigkeit mit dem Vater zusammenleben, eine Vermögensauseinandersetzung und genaue Berechnung der gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten von keiner Seite wird verlangt werden, das bisherige Verhältniß somit thatsächlich unverändert bleibt. Endlich ist es für Dritte, welche mit einem großjährig gewordenen Hauskinde contrahiren, oft schwierig, zu erkennen oder in Erfahrung zu bringen, ob dasselbe aus dem väterlichen Hause geschieden ist oder nicht.

Unter diesen Umständen dürfte es den Vorzug verdienen, das Princip rein aufrechtzuerhalten und nicht zur Verhütung von Schwierigkeiten, die allerdings bei strikter Durchführung desselben hier und da eintreten können, zu modificiren. Ich glaube daher, die von der verehrlichen ständigen Deputation des Juristentages zur Begutachtung an mich gerichtete Frage einfach bejahen zu müssen.

Digitized by Google

XIV.

Gutachten des Herrn Professor Dr. Paul v. Roth in München

über die Gesetzgebungsfrage:

Ist es ausführbar, das eheliche Güterrecht durch ein einheitliches Gesetz in ganz Deutschland zu codificiren?

Schon seit einem Jahrhundert hat die Frage, wie das eheliche Güterrecht zu gestalten sei, der Gesetzgebung die größten Schwierigkeiten bereitet. Man hat verschiedene Versuche der Ausgleichung gemacht; jetzt aber ist die Nothwendigkeit der Entscheidung nahe gelegt, da die einheitliche Gestaltung unseres Rechtes bevorsteht. Die Entscheidung ist zwar jetzt, wo eingehende historische Untersuchungen über die Entwicklung des Rechtsinstituts vorliegen, welche die Unrichtigkeit der früheren Anschauungen zweifellos gemacht haben, nicht mehr so schwierig als vor 50 Jahren, wo man in Theorie und Praxis die jetzt als Irrthümer erkannten Auffassungen als unbestreitbare Wahrheiten ausgab, allein sie bietet immer noch große materielle Schwierigkeiten, deren Ursachen in den historischen Verhältnissen zu suchen sind. Die statistischen Zusammenstellungen, die Schröder neuerdings in dieser Zeitschrift gegeben hat (Verh. 1874 I. 29) haben uns zuerst über die realen Verhältnisse Aufschluß ertheilt, und ergeben die Irrthümlichkeit der Auffassung, die bisher so allgemein war, daß sie fast als gemeine Meinung bezeichnet werden konnte, wonach nämlich die Güterordnung der

Digitized by Google

Gütereinheit, sowie sie nach der historischen Entwicklung als die ursprüngliche zu bezeichnen sein sollte, so auch noch jetzt als das leitende Institut hingestellt wurde, für welches überall die Präsumtion spreche. Nicht einmal für die Länder des sächsischen Rechts selbst ist dies richtig; denn nach der erwähnten Zusammenstellung finden sich zum Beispiel:

	Gütereinheit.	Gütergemeinschaft.
In den alten Provinzen Preußens	6,253,000 E.	8,182,000 E,
" " " " Hannover	208,000 E.	206,000 E.
" " " " Holstein	120,000 E.	520,000 E.
	6,591,000 E.	8,908,000 E.

Nach der Gruppirung, die Schröder gewählt hat, haben die drei Güterordnungen ungefähr die gleiche räumliche Ausdehnung. Er stellt nämlich die Mobiliargemeinschaft des französischen Rechts zur Errungenschaftsgemeinschaft, sowie das Dotalrecht zur Verwaltungsgemeinschaft, und erhält dann folgendes Resultat:

Errungenschaft und Mobiliargemeinschaft 13,629,000 Einwohner.
Allgemeine Gütergemeinschaft . . . . . 13,615,000 Einwohner.
Verwaltungsgemeinschaft . . . . . 13,766,000 Einwohner.

Allein wie ich unten noch ausführen werde, scheint mir die Mobiliargemeinschaft des französischen Rechts größere Verwandtschaft mit der allgemeinen als mit der partikulären Gütergemeinschaft des deutschen Rechts zu haben, und dürfte also, wenn sie nicht für sich gestellt werden soll, der ersteren beizuzählen sein. Ebenso muß aber auch das Dotalrecht von der Verwaltungsgemeinschaft getrennt werden, wonach sich folgende Gruppirung ergiebt:

Allgemeine Gütergemeinschaft u. Mobiliargemeinschaft 20,617,000 E.
Errungenschaftsgemeinschaft . . . . . 6,627,000 E.
Verwaltungsgemeinschaft . . . . . 12,870,000 E.
Dotalrecht . . . . . 890,000 E.

Die Schwierigkeit der Entscheidung liegt aber nicht nur in der ungleichen räumlichen Ausdehnung der Rechtsgebiete, sie ist ebenso durch ihre Zerrissenheit gegeben. Nur die Rechtsgebiete des französischen Rechts, des sächsischen Rechts, der Gütergemeinschaft in Ost- und Westpreußen, Posen und Westfalen, und der Errungenschaftsgemeinschaft in Württemberg und Altbayern sind in sich abgerundet und von größerem Umfang; in den meisten anderen Ländern fehlt es innerhalb des einzelnen Landes an Einheit. In Bayern sind allgemeine- und Mobiliargemeinschaft (Pfalz), Errungenschaftsgemeinschaft und Dotalrecht vertreten, und es finden sich hier 15 Statuten der Errungenschaftsgemeinschaft und 21 Statuten der all-

Digitized by Google

gemeinen Gütergemeinschaft. In Hessen-Nassau gilt neben der allgemeinen die Errungenschaftsgemeinschaft, in Darmstadt Errungenschaftsgemeinschaft, Mobiliargemeinschaft und allgemeine Gütergemeinschaft, in Schleswig-Holstein allgemeine und Errungenschaftsgemeinschaft, Verwaltungsgemeinschaft und Dotalrecht. In Hannover, Schleswig-Holstein und Mecklenburg ist die Güterordnung der Städte noch eine andere als die des platten Landes, ja es finden sich noch Fälle, wo das eheliche Güterrecht nach den Standesverhältnissen sich regelt (Bayr. Civilrecht §. 30, 39, §. 31 4, Kurhessisches Privatrecht §. 105, 15). Daß dieser Zustand dringend der Abhilfe bedürfe, ist Niemand zweifelhaft, und es sind daher schon seit langer Zeit Versuche der Umgestaltung im Gange, bei denen aber keineswegs eine einheitliche Richtung hervortritt. Weder die Gesetzgebung noch die Theorie ist bis jetzt zu einem übereinstimmenden Resultat gelangt. Fast unverändert nahm die österreichische Gesetzgebung das römische Dotalrecht an. Gerade den entgegengesetzten Weg schlug die französische Gesetzgebung ein, indem sie als leitende Güterordnung die Gütergemeinschaft der Coutumes aufstellte. Die Preußische Gesetzgebung endlich bestimmte sich nach langem Schwanken, nachdem die Annahme der Güterordnung der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht ohne Aussicht gewesen war, für die sächsische Form des ehelichen Güterrechts, die jetzt Gütereinheit oder Verwaltungsgemeinschaft genannt wird.

Wie in der Wahl des Systems, so scheiden sich die drei Gesetzgebungen auch in der Stellung, welche sie dem gewählten System anweisen. Mit dem Dotalrecht hat die österreichische Gesetzgebung den Grundsatz der Ausschließlichkeit des gesetzlichen Güterrechts angenommen. Das österreichische Recht beseitigt nicht nur alle partikularrechtliche und gewohnheitsrechtliche Bildung, sondern verbietet auch, wie das römische Recht, die willkürliche Abänderung des gesetzlichen Güterrechts; die allgemeine Gütergemeinschaft, welche nach österreichischem Recht vertragsmäßig bestimmt werden kann, hat nur die Bedeutung und Wirkung eines Erbvertrages (A. B. G. B. Art. 1234; Wächter, Württ. P. R. I. 730; Sammlung von Entscheidungen des O. G. H. in Bayern III. Nr. 17) Nicht soweit geht das französische Recht. Zwar hat auch dieses alle Partikularrechte beseitigt, aber es läßt der vertragsmäßigen Festsetzung einen weiteren Spielraum, als das österreichische Recht, indem es den Interessenten gestattet, vor Eingehung der Ehe durch Ehevertrag dem gesetzlichen ein anderes Güterrecht zu substituiren. Das französische Recht mit seiner beschränkten Vertragsbefugniß bildet den Uebergang von der Ausschließung vertragsmäßiger Festsetzung im römisch-österreichischen Recht zu der unbeschränkten Vertragsbefugniß des deutschen Rechts, welche letztere in der Preußischen Gesetzgebung Anerkennung gefunden hat.

Digitized by Google

Diese hat neben der Güterordnung der Gütereinheit, die als Regel aufgestellt ist, die in den Provinzialrechten begründeten, davon abweichenden Güterordnungen fortbestehen lassen, und vorbehaltlich der besonderen gesetzlichen Feststellung der Provinzialgesetze auch für diese die leitenden Principien fixirt. Die drei großen Landesgesetzgebungen der neueren Zeit verfolgen also drei verschiedene Richtungen. Während die österreichische Gesetzgebung die vertragsmäßige Regelung des ehelichen Güterrechts ausschließt, die französische sie beschränkt, hat die Preußische Gesetzgebung den Grundsatz des deutschen Rechts, daß der vertragsmäßigen Regelung des ehelichen Güterrechts keine anderen Schranken gezogen seien, als die für jede vertragsmäßige Festsetzung bestehen, angenommen, und stimmt in dieser Hinsicht mit dem jetzt geltenden gemeinen Deutschen Recht überein. Auch das Sächsische B. G. B. §. 1691 ff. hat diesen Grundsatz angenommen.

Wie die Gesetzgebungen so haben auch die wissenschaftlichen Untersuchungen der letzteren Zeit ganz verschiedene Resultate zu Tag gefördert. Ueberwiegend geht die Ansicht dahin, daß das System des Preußischen Landrechts anzunehmen also eine einheitliche Güterordnung für das ganze Rechtsgebiet gesetzlich zu bestimmen und unter Aufrechterhaltung der Vertragsfreiheit eine subsidiäre Regelung der anderen Güterordnungen durchzuführen sei, — eine Methode, die auch in der französischen Gesetzgebung befolgt ist. Welche Güterordnung aber als die leitende anzunehmen sei, darüber sind diese Untersuchungen eben so wenig zu einer Uebereinstimmung gekommen, wie die Gesetzgebungen.

Zwar die Einführung des Dotalrechts als gesetzliches Güterrecht ist meines Wissens von Niemand bevorwortet, dagegen hat jede der drei anderen Güterordnungen ihre Vertheidiger gefunden: die meisten die Güterordnung der Gütereinheit, und es ist dies ganz natürlich; denn für sie spricht nicht nur die Autorität der im 17. und 18. Jahrhundert im höchsten Ansehen stehenden sächsischen Jurisprudenz und der Vorgang des Preußischen Landrechts, sondern auch der Umstand, daß die von Eichhorn aufgestellte Meinung, die Güterordnung der Gütereinheit sei die gemeinrechtliche Güterordnung des Mittelalters, die nur durch locale Bildung hauptsächlich in den Städten zur Gütergemeinschaft ausgebildet worden sei, bis in die letzte Zeit fast allgemein geglaubt wurde. Diese Fabel, wie sie Schröder in diesen Verhandlungen I. 32 mit Recht nennt, hat aber gar keine positive Grundlage, und kann gar nicht mehr in Betracht kommen. Von den Vertheidigern (Rathmann, Beaulieu, Euler u. A.) wurden aber auch positive Gründe angeführt, welche für die Einführung dieser Güterordnung sprechen sollten, deren Erwägung unten folgen wird. Ebenso hat sich neuerdings Binding für Einführung der partikulären Gütergemeinschaft, und Gosen

Digitized by Google

(in der Allgemeinen Zeitung) für die allgemeine Gütergemeinschaft ausgesprochen. Ich habe mich schon früher (in Hauser Zeitschrift für Reichsrecht I.), sowie neuerdings Schröder in diesen Blättern I. 29 dahin erklärt, daß die Bildung von drei Gruppen der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft und der Gütereinheit am meisten zu empfehlen sei, und glaube bei wiederholter Erwägung auf dieser Ansicht bestehen zu müssen. Meine Gründe sind folgende:

I.

Ich habe oben bereits hervorgehoben, daß die Meinung, welche einen Vorzug der Gütereinheit auf die historische Entwicklung begründen will, sich nicht rechtfertigen läßt. Die Untersuchungen von Euler, Sandhaas und Schröder haben als unzweifelhaftes Resultat ergeben, daß die allgemeine und partikuläre Gütergemeinschaft, die, wie oben gezeigt, für zwei Drittheile des Rechtsgebiets jetzt das gesetzliche Güterrecht bilden, sich aus den Stammesrechten des Mittelalters entwickelt haben. Die Gütereinheit war nicht gemeines Recht des Mittelalters, sondern das Recht der ostfälischen Sachsen, also nicht einmal für ganz Sachsen geltend, während die anderen Stammesrechte, Westfalen, Franken, Schwaben und Bayern ein Güterrecht (der gesammten Hand mit Verfangenschaft) hatten, aus dem sich im Laufe der Zeit die allgemeine und partikuläre Gütergemeinschaft ausgebildet haben.

So wenig sich aus der historischen Entwicklung ein Argument gegen die Gütergemeinschaft entnehmen läßt, eben so wenig liegt in dem Institut selbst für den Gesetzgeber eine Veranlassung, gegen dasselbe einzuschreiten. Wäre dies der Fall, so würde es auch nicht zulässig sein, dasselbe, wie doch vorgeschlagen wird, der vertragsmäßigen Festsetzung zuzuweisen. In der That sind aber auch die Einwendungen, die gegen diese beiden Güterordnungen vorgebracht wurden, nicht begründet. Bezüglich der partikulären Gütergemeinschaft kann ich mich auf dasjenige beziehen, was in dem Gutachten von Euler weiter ausgeführt ist; aber das Gleiche gilt von der allgemeinen Gütergemeinschaft. Die Einwendungen, welche gegen diese Güterordnung erhoben werden, beziehen sich größtentheils auf Gestaltungen, welche dem Institut ursprünglich fremd sind, und welche zu beseitigen, Aufgabe der Gesetzgebung sein wird. Die ausschließliche Dispositionsbefugniß des Ehemannes über das gesammte Vermögen z. B., die sich in manchen Statuten findet (Bayr. Civilrecht §. 61, 17), entspricht den ursprünglichen Verhältnissen des Instituts nicht, das ja aus der gesammten Hand d. h. aus der Nothwendigkeit der Einwilligung beider Eheleute bei Veräußerung von Immobilien hervorgegangen ist. Ich wüßte nicht, was gegen eine Ge-

Digitized by Google

staltung der allgemeinen Gütergemeinschaft, wie sie z. B. in dem Preußischen Landrecht codificirt ist, vom Standpunkt der Gesetzgebung aus einzuwenden wäre. Der Gesetzgeber wird daher kaum in der Lage sein, über den größeren oder geringeren Werth der einzelnen Güterordnungen sich zu entscheiden; er wird vielmehr zu prüfen haben, ob sich dasjenige, was als der entscheidende Differenzpunkt dieser Güterordnungen anzusehen ist, mit einiger Aussicht auf Erfolg wird beseitigen lassen.

Der Schwerpunkt der Abweichungen der bei uns geltenden Güterordnungen ruht in den Bestimmungen über die Tragung der ehelichen Lasten. Nach Dotalrecht und der Güterordnung der Gütereinheit liegen diese ausschließlich auf dem Mann. Das sächsische Recht stimmt darin mit dem römischen Recht überein, und unterscheidet sich nur darin, daß die Ehefrau nach dem ersteren nur in der dos einen Beitrag dazu leistet, während nach dem letzteren als Ersatz dafür dem Ehemann die Nutznießung ihres Vermögens zusteht. Dagegen haftet die Ehefrau mit ihrem Vermögen weder für die Lasten der Ehe, noch für die Schulden des Ehemannes. Sie hat nach römischem Recht ihr ganzes Vermögen mit Ausnahme der dos zur freiesten Disposition, während sie nach sächsischem Recht allerdings über ihr Vermögen nicht disponiren kann, aber auch nicht in die Lage kommt, mit dem Grundstock desselben für die Lasten der Ehe oder die Schulden des Ehemannes aufkommen zu müssen. Bei der Güterordnung der Gütergemeinschaft dagegen liegen die Lasten der Ehe auf beiden Eheleuten. Es gilt dies ebenso für die partikuläre, wie für die allgemeine Gütergemeinschaft. Bei der letzteren liegen die Lasten der Ehe an sich auf dem gemeinsamen Vermögen, und dieses kann daher auch für die Schulden des Ehemannes als Vertreter der Gemeinschaft in Anspruch genommen werden. Außerdem haften die Ehegatten solidarisch für die Eheschulden, so daß auch die Ehefrau für die durch das gemeinsame Vermögen nicht gedeckten persönlich in Anspruch genommen werden kann, wogegen ihr in den Statuten verschieden bestimmte Schutzmittel eingeräumt sind (Bayr. Civilrecht §. 61, 53). Man muß im Princip das gleiche auch für die partikuläre Gütergemeinschaft (Errungenschafts-Gemeinschaft) behaupten. Dies ist freilich bestritten, indem ein Theil der Statuten und Schriftsteller bei dieser nur das gemeinsame Vermögen für die Eheschulden haften läßt, eine Haftung des Sonderguts der Frau aber für die einseitig von dem Ehemann contrahirten Eheschulden nicht anerkennt (Bayerisches und Preußisches Landrecht; Bayerisches Civilrecht §. 58, 121; Seuffert Archiv IV. 60), während anderseits sowohl gemeinrechtlich als nach einem Theil der Statuten Haftung der Ehefrau mit ihrem Sondervermögen für die einseitig von dem Ehemann contrahirten Eheschulden angenommen wird

Digitized by Google

(s. die Citate in meinem Bayr. Civilrecht §. 58, 115 ff; Reyscher Württemb. P. R. §. 564, 10), wobei freilich der Umfang der Haftung in den einzelnen Rechten verschieden bestimmt ist. Ich halte die letztere Auffassung für die der Natur des Instituts entsprechende. In diesem Princip liegt der Uebergang zu der allgemeinen Gütergemeinschaft, mit welcher die Errungenschaftsgemeinschaft zu einem Institut zu vereinigen nicht so schwer sein dürfte, während ein solcher Vereinigungspunkt für die Gütereinheit fehlt. Der gleiche Grundsatz gilt bekanntlich für die Mobiliargemeinschaft des französischen Rechts, da die Frau, welche auf die Gemeinschaft nicht verzichtet, den Gläubigern der Gemeinschaft zur Hälfte haftet (Zachariä Franz. C.-R. §. 520), welche Haftung sie nur durch Errichtung eines Inventars beschränken kann (C. c. Art. 1483.) Die Mobiliargemeinschaft des französischen Rechts hat aber viel mehr Berührungspunkte mit unserer allgemeinen als mit unserer partikulären Gütergemeinschaft, weil der Umfang der Gemeinschaft ein weiterer ist als bei letzterer, und weil das Sondergut sich nicht aus ganzen Vermögenskategorien, sondern nur aus bestimmten einzelnen Objecten constituirt. Während bei der Errungenschaftsgemeinschaft das Sondergut aus dem ganzen eingebrachten und während der Ehe lukrativ erworbenen Vermögen jedes Ehegatten besteht, ist es beider Mobiliargemeinschaft auf solche Immobilien beschränkt, die der Ehegatte in die Ehe bringt oder während derselben lukrativ erwirbt. Mobilien fallen darunter nur in Folge besonderer Verfügung (Einhandsgüter). Die Mobiliargemeinschaft des französischen Rechts hat daher größere Aehnlichkeit mit unserer allgemeinen Gütergemeinschaft, bei welcher ja auch einzelne Objecte als Sondergüter constituirt werden können (Bayr. C. R. §. 61, 3), als mit der Errungenschaftsgemeinschaft, und darf vom gesetzgeberischen Standpunkt aus der ersteren beigezählt werden.

In dieser Verhaftung des Frauengutes für die Lasten der Ehe und damit auch für die Eheschulden liegt der Kernpunkt der Verschiedenheit unserer Güterordnungen. Wollte man hier eine Ausgleichung versuchen, so wäre der natürliche Weg der, daß die Einrichtungen der Mehrheit für die Minderheit maßgebend erklärt würden. Nicht die Gütereinheit müßte auf das zweimal größere Rechtsgebiet der Gütergemeinschaft, sondern die Gütergemeinschaft auf das kleinere Rechtsgebiet der Gütereinheit ausgedehnt werden. Aber ich sehe auch dazu keine Veranlassung. Die Frage, ob das Frauengut haften soll oder nicht, also ob Gütergemeinschaft oder nicht, ist nicht eine Sache legislatorischer Erwägung, sondern entscheidet sich nur nach Sitte und Uebung. Die allgemeine Einführung der Gütergemeinschaft würde in dem Rechtsgebiet der Gütereinheit ebenso unbequem

Digitized by Google

gefunden werden und abstoßen, als die Einführung der Gütereinheit in dem Rechtsgebiet der Gütergemeinschaft Anstoß erregen würde. Berechtigt ist das Verlangen, daß größere zusammenhängende Rechtsgebiete geschaffen und in diesen die kleinen theilweise zufälligen Abweichungen der einzelnen Güterordnungen beseitigt werden. Diesem berechtigten Verlangen aber ist genug geschehen, wenn man die bestehenden Güterordnungen in drei größeren Gruppen codificirt. Denn obwohl eine Vereinigung der allgemeinen und partikulären Gütergemeinschaft zu einem Rechtsinstitut keine erheblichen Schwierigkeiten darbieten würde, so halte ich es doch für gerathen, beide noch getrennt zu lassen.

II.

Es dürfte sich um so mehr empfehlen diesen Weg einzuschlagen, als sich materiell ein anderes Resultat doch kaum wird erzielen lassen.

Daß die Gesetzgebung die Vertragsfreiheit nicht weiter beschränken darf, als dies bisher nach gemeinem deutschem und nach Preußischem Recht der Fall gewesen ist, steht außer Zweifel, und bedarf hier keiner weiteren Erörterung. Erfahrungsmäßig bleibt, soweit die Vertragsbefugniß nicht ausgeschlossen ist, ein großer Theil der Bevölkerung bei der hergebrachten Güterordnung, wie sich denn gerade im ehelichen Güterrecht die alte Sitte und Ueberlieferung am längsten lebendig erhält. Noch im Anfang dieses Jahrhunderts findet sich im bayerischen Schwaben in den Heirathsverträgen die Dosbestellung des Mannes, die seit dem 11. Jahrhundert im Bayerischen Recht ausgebildet ist (Bayr. Civilrecht §. 54, 30). Die Gutsanheirathung des Bayerischen Rechts, welche noch jetzt für die Eheverträge in den altbayerischen Provinzen die Regel bildet (Bayr. Civilrecht §. 54, 8) ist nichts als die Tendenz, die früher geltende Gütergemeinschaft gegenüber der durch die Gesetzgebung schon seit dem 16. Jahrhundert eingeführten partikulären Gütergemeinschaft aufrecht zu erhalten. Die gleiche Erscheinung zeigt sich in Württemberg, wo sich, nachdem mit dem Württembergischen Landrecht im Jahre 1807 die Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzliche Güterordnung eingeführt worden war, die allgemeine Gütergemeinschaft noch im Jahre 1836 in den meisten Orten, in denen sie früher als gesetzliches Güterrecht gegolten, erhalten hatte (Entwurf eines Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft 1840 S. 64 Beil. A.), und wo sie auch jetzt noch in vielen dieser Orte vertragsmäßig aufrecht erhalten wird. Voraussichtlich würde dies in noch größerem Umfang eintreten, wenn man in den Gegenden, in welchen bisher Gütergemeinschaft galt, die Verwaltungsgemeinschaft als gesetzliches Güterrecht einführen wollte, und umgekehrt würde in dem Rechtsgebiet der Verwaltungsgemeinschaft die Gütergemeinschaft, wenn man diese

Digitized by Google

als gesetzliche Güterordnung aufstellen wollte, ziemlich allgemein durch Vertrag ausgeschlossen werden.

III.

Mein Vorschlag geht nicht dahin, den gegenwärtigen Rechtszustand zu belassen, sondern für jede der drei Güterordnungen ein größeres zusammenhängendes Rechtsgebiet zu bilden, und in diesen die Enclaven der anderen Güterordnungen der gesetzlichen Güterordnung des betreffenden Rechtsgebietes zu adoptiren. Die Gestaltung würde etwa folgende werden:

I. Allgemeine Gütergemeinschaft: Baden, Elsaß-Lothringen, Pfalz (Bayern), Oberfranken, Mittelfranken und Unterfranken (Würzburg) in Bayern mit den fuldischen Theilen von Hessen-Nassau, Rheinhessen, Rheinprovinz, Westfalen, Lippe, Oldenburg, Bremen, Hannover l. d. Weser, Schleswig-Holstein, Hamburg, Lauenburg, Mecklenburg, Pommern, West- und Ostpreußen, Posen.

II. Partikuläre Gütergemeinschaft: Oberpfalz, Niederbayern, Oberbayern, Schwaben und Unterfranken (Mainz) in Bayern, Hohenzollern, Württemberg, H.-Darmstadt (ohne Rheinhessen), Hessen-Nassau, Waldeck.

III. Verwaltungsgemeinschaft: Königreich Sachsen, Sächsische Herzogthümer, Braunschweig, Hannover r. d. Weser, Schwarzburg, Anhalt, Preußische Provinz Sachsen, Brandenburg, Schlesien.

Es wäre für das Gebiet I. die allgemeine Gütergemeinschaft, für das Gebiet II. die partikuläre Gütergemeinschaft und für das Gebiet III. die Verwaltungsgemeinschaft zu codificiren, alle partikularrechtlichen Gestaltungen und alle Enclaven zu beseitigen, und in jedem Rechtsgebiet die Güterordnungen der beiden andern Rechtsgebiete als subsidiär für die Eheverträge zu erklären, also das Princip des Preußischen Landrechts anzuwenden. Die mit jeder Neugestaltung verbundene Unbequemlichkeit würde dadurch zwar nicht ganz ausgeschlossen, aber sie würde doch sehr reducirt; und dabei wäre dem nächsten Bedürfniß genügt, das nicht eine völlig einheitliche Gestaltung, sondern nur Beseitigung der Zerissenheit der Gebiete fordert. Die Enclaven aber würden sich dem neuen Rechtszustand leichter fügen, da er ihnen, als in benachbarten Orten in Uebung, nicht fremd ist.

Digitized by Google

XV.

Gutachten des Geh. Justiz- und Appellations-Raths Dr. Alfred Agricola zu Eisenach

über die Gesetzesfrage:

Ist es wünschenswerth und ausführbar, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu codificiren und auf welcher Grundlage?

Die Frage hat vielleicht nur die Bedeutung:

ob das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland einheitlich zu ordnen ist?

Es wird aber zu ihrer allseitigeren und erschöpfenderen Beantwortung dienen, wenn man sich strenger an die gewählte Formulirung hält, und danach die gestellte Frage in die Doppelfrage zerfallen läßt:

I. Ist es wünschenswerth, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu codificiren, d. h. also durch ein Reichsgesetz im Gegensatz zu der Alternative, daß die Codification der Partikulargesetzgebung überlassen und vorbehalten wird?

und im Bejahungsfalle:

II. Auf welcher Grundlage ist die Codification ausführbar, — insonderheit ist sie auf einheitlicher Grundlage ausführbar?

Digitized by Google

I.

Nachdem nunmehr beschlossene Sache ist, überhaupt zu codificiren, und zwar von Reichswegen zu codificiren, wird die erste Frage unbedenklich zu bejahen sein. Nach jenem Beschlusse ist es müßig, auf den principiellen Zweifel über „den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung" zurückzukommen. Diesen Beruf aber vorausgesetzt, nimmt ihn auch das eheliche Güterrecht in Anspruch. Das Bedürfniß nach gesetzlicher Fixirung ist in einem Theile von Deutschland grade vorwiegend bei dieser Rechtspartie vorhanden, und nichts Besonderes steht seiner Befriedigung entgegen. Wiederum kann diese Befriedigung, nachdem das Reich einmal die Codification des Privatrechts in die Hand genommen hat, nur von diesem ausgehen.

Im Gebiete der Verwaltungsgemeinschaft, worunter ich hier mit Schröder begreifen will, was man seither Gütereinheit und System des maritalischen Nießbrauchs zu nennen pflegte, wird ein Bedürfniß zur Codification allerdings kaum nachweisbar sein. Ebenso innere und sachliche als zufällige Gründe haben hier schon zu mehr oder weniger umfassenden Legislationen geführt. In den Preußischen Provinzen Sachsen, Schlesien, und der Hauptsache nach auch in der Mark Brandenburg, im Königreich Sachsen und im Großherzogthum Oldenburg, ist der einschlägige Rechtsstoff vollständig, im Herzogthum Altenburg (1837) fragmentarisch codificirt, in den übrigen Ländern Sächsischen Rechts, wie in den Holstein'schen, Anhalt'schen und Thüring'schen Landen, ist theils wenigstens das Güterrecht von Todeswegen gesetzlich normirt, theils überhebt die Einheitlichkeit und principielle Consequenz gerade dieses Systems in der Regel tiefgreifender Zweifel bei der Anwendung. Anderes sollte man auf dem Boden des römischen Dotalrechtes erwarten, welches, abgesehen von seiner Diaspora, seinen Sitz hauptsächlich in der Provinz Hannover, in Mecklenburg und im Baierschen Schwaben hat. Indessen wüßte ich nicht zu sagen, daß gerade hier sich das Bedürfniß nach gesetzlicher Regulirung laut gemacht hätte. Zwar hat es gerade hier an legislativer Nachhülfe in neuerer Zeit fast ganz gefehlt, obwohl es deren bei dem Gegensatz zwischen Deutschen Grundanschauungen und römischer Formalisirung anscheinend besonders bedurft hätte. Dieser Conflict besteht in thesi bekanntlich noch heute; in der Praxis sind jedoch die durch ihn herbeigeführten Härten und Unsicherheiten meist gehoben worden, indem man sich gewöhnlich erlaubte, dem Dotalsystem stillschweigend das auch in seiner eigentlichen Heimath schon romanisirte System der Verwaltungsgemeinschaft unterzuschieben. Immerhin bleiben im Einzelnen noch mancherlei Conflicte, deren Ausgleichung durch ein Gesetz zwar

Digitized by Google

nicht gerade als eine Nothwendigkeit erscheint, gewiß aber als Wohlthat empfunden werden würde. Diesem Gebiet steht nach den Schätzungen Schröders (in seinem werthvollen Gutachten) in ungefähr doppelter Größe das Gebiet der Gütergemeinschaft gegenüber. Hier ist das Bedürfniß nach gesetzlicher Feststellung der ehelichen Güterverhältnisse zwar auch kein allgemeines, immerhin aber doch ein verbreitetes, und hier ist es an vielen Orten geradezu ein brennendes zu nennen. Auch hier hat ja die Legislation seit länger denn einem Jahrhundert gearbeitet. Vor Allem ist dies vom Code zu sagen, welcher sogar dermalen auch in Deutschland den weitesten Bereich mit einheitlicher Güterordnung beherrscht (über 7 Millionen). Ihm zunächst steht die Allg. Güter-Gemeinschaft des Allg. Preuß. Landrechts mit einem Gebiet von gegen 7 Millionen (die Provinzen Ost- und Westpreußen, Posen, Westfalen, kleine Theile von Pommern), wo aber die Einheitlichkeit zwar kaum durch das Ostpreußische Provinzialrecht von 1801 (Zusatz 96 §. 18 — 22), wohl aber sehr wesentlich durch das die Güterverhältnisse in Westfalen einer durchgreifenden Regulirung unterziehende Gesetz vom 16. April 1860 beeinträchtigt wird. Sieht man von diesen und einigen Codificationen schon älteren Datums, wie von dem alle Localrechte und selbst die subsidiären Rechte vorbehaltenden Codex Maximilianeus (gegen 2 Millionen Seelen) und der auf den engstem Raume beschränkten Lippe-Detmold'schen Verordnung über Allg. Güter-Gemeinschaft d. d. 27. März 1786 ab: so fehlt es zwar auch auf diesem Gebiet nicht an gesetzlichen Bestimmungen, welche eine oder die andere Partie unseres Stoffs fixiren sollen, und namentlich in Concurs- und Prioritätsordnungen ihren Platz gefunden haben. — Aber im Ganzen hat die Gesetzgebung hier völlig geruht, so daß noch immer die älteren Landesordnungen und Landrechte, Bauer- und Stadtordnungen und Statuten aus dem 17. bis 18. Jahrhundert, hie und da noch ältere, maßgebend sind. Daß hier die Gesetzgebung nicht länger zögern darf, lehrt ein Blick auf die dermaligen Rechtszustände in jenen Gebieten. Am grellsten tritt es in Bayern hervor. Hier ist seit Anfang dieses Jahrhunderts nichts über die ersten Stadien der Legislation hinausgekommen; ja der letzte Entwurf zu einem Gesetzbuch (1858, 1862) umfaßte das Familienrecht noch nicht einmal mit. Man wollte nicht mit einzelnen Ordnungen der im Plane liegenden allgemeinen Codification vorgreifen, (Roth über Unification und Codification aus Hauser Zeitschrift Band I. p. 6. und überhaupt sein Bayersches Civilrecht I. p. 3 ff. 21 ff. und §. 56, 57, 60, 66), nicht entfernt war aber etwa das Gefühl der Befriedigung die Ursache der Unthätigkeit. Etwas weiter war man allerdings in Württemberg vorgeschritten, nämlich, nachdem seit 1818 die Stände wiederholte Anträge gestellt, zum Entwurf

Digitized by Google

eines Gesetzes über die eheliche Gütergemeinschaft (1840). Er war zu wenig durchgreifend, um zu befriedigen, und blieb liegen (cf. Wächter, Handbuch des Württemberg'schen Privatrechts p. 966 ff.). In den Thüringischen Fürstenthümern geschah nichts zur Entwicklung des Instituts. Schwarzburg-Sondershausen hob 1829, Sachsen-Weimar 1833 sogar jede Gütergemeinschaft auf, soweit sie statutarisch bestand. Von den freien Städten war es nur Lübeck, welches einen wichtigen Schritt that. Durch ein neues Intestaterbgesetz vom 10. Februar 1862 *) unterzog es das eheliche Güterrecht von Todeswegen einer tiefgreifenden Umbildung, die auch auf das Güterrecht unter Lebenden bedeutend zurückwirkte. Die andern freien Städte begnügten sich mit einzelnen gesetzlichen Nachhülfen, wie z. B. Frankfurt a. M. ein das Schuldenwesen der Ehegatten betreffendes Gesetz erließ.**) In den Mecklenburg'schen Städten gilt noch das unveränderte Lüb'sche Recht. Auch die in Preußen gerade um des Familienrechts willen mit großem Eifer betriebene Codification der Provinzialrechte kam nur in zwei Provinzen zum Abschluß, in einer dritten speciell die Codification des ehelichen Güterrechts. In der Provinz Pommern gelten noch heute neben einem in den verschiedenen Landestheilen sehr ungleichartig entwickelten Lüb'schen Rechte die Bauernordnungen von 1616 und 1764, sowie einige ältere Statutarrechte.***) Der Entwurf einer ehelichen Güterordnung für den Bezirk des Justizsenats Ehrenbreitstein (1837) ist bis auf unsere Tage liegen geblieben. Seit 1863 wieder aufgenommen und umgeschaffen†) ist er 1867 im Hinblick darauf vom Abgeordnetenhaus abgelehnt worden, daß unläugbar ein gleiches legislatorisches Bedürfniß in den neu erworbenen Provinzen Nassau, Frankfurt, Kurhessen (vom Großherzogthum gilt völlig dasselbe) bestehe und ein gemeinsames Vorgehen räthlich erscheinen lasse. Rücksichten andrer Art scheinen ganz neuerdings (Oct. 1874) den Hannoverschen Provinziallandtag veranlaßt zu haben, den die ehelichen Güterrechte der Landdrostei Osnabrück betreffenden Gesetzentwurf einstimmig

*) Ueber dieses interessante Gesetz vergl. die lesenswerthe Schrift von Plitt, das Lübeck'sche Erbrecht (1870), die ein mehr als locales Interesse bietet. — Uebrigens griff auch die Concursordnung vom 17. September 1862 in unsere Materie ein.

**) Vergleiche darüber Binding's Lehre von der Haft der Eheleute nach Frankfurter Recht 1871. Dazu Euler über Fränkisches eheliches Güterrecht aus den Mittheilungen des Vereins für die Geschichte von Frankfurt (1871).

***) Vgl. v. Wilmowski Lübisches Recht in Pommern p. 6 — 11. Er nimmt auf die Praxis in Neuvorpommern wenig Rücksicht.

†) Einen Inhaltsauszug und Kritik giebt Euler in seinen Mittheilungen über eheliches Güterrecht im Archiv für Frankfurts Geschichte N. F. IV p. 42 flg. — ein Aufsatz, welcher überhaupt viele bedeutsame Winke über Fragen der vorliegenden Art enthält.

Digitized by Google

abzulehnen. Wenn wir endlich hinzunehmen, daß die Zustände in Schleswig-Holstein nicht unähnlich sein können denen, welche im Großherzogthum Oldenburg vor dem Gesetz vom 24. April 1873 herrschten, nur daß ein größerer Spielraum gegeben ist, auf dem sich so mannigfaltige Rechte tummeln können, so wird man, nach den von Runde und Beaulieu-Marconnay über die früheren Oldenburger Verhältnisse gegebenen, auch durch die Motive zum Gesetz von 1873 bestätigten Schilderungen an dem Bedürfniß auch dieser Provinz nicht zweifeln wollen.

Nach diesem Allen harrt einer gesetzlichen Fixirung des ehelichen Güterrechts und zwar dergestalt, daß es sich zum Theil in einem wahren Nothstand befindet, etwa der dritte Theil des gesammten Reichsgebiets, wobei ich lediglich die Beschaffenheit, Zugänglichkeit und den Geltungsbereich der Rechtsquellen in's Auge gefaßt, das hiedurch erzeugte Bedürfniß aber wesentlich bewährt und bestätigt gefunden habe dnrch die immer erneuten Versuche, dem Uebel im Wege der Codification abzuhelfen. Das Bedürfniß kann nun freilich auch auf innern, gewiß nicht minder zureichenden Gründen beruhen. Recht und Rechtsbewußtsein können im Laufe der Zeit aus einander gerathen sein, — oder das alte Recht ist den neuen factischen Verhältnissen nicht mehr gewachsen und dergleichen. Solche innere Wandelungen fordern die Legislation heraus, mag das bestehende Recht formell und technisch noch so vollendet sein, ja je vollendeter, um so mehr! Liegen Symptome solcher Erscheinungen vor? Ich glaube, daß diese Frage endgültig beanwortet werden kann aus dem Kreise heraus, in welchem das zu beurtheilende Recht in lebendiger Geltung steht, und finde mit Roth und Euler, daß die zur Feststellung des Thatbestands in dieser Richtung vielfach unentbehrliche Enquête nach dem Muster der dem Westfälischen Provinzialgesetz von 1860 vorausgegangenen sich möglichst an die Erfahrung und das Urtheil der Betheiligten selbst zu wenden habe. Nur so wird sicher zu constatiren sein, ob Incongruenzen der obengedachten Art bestehen. Doch giebt es für deren Bestand auch ein im Allgemeinen zutreffendes äußeres Symptom. Ich meine das Ueberwuchern der Ehestiftungen nach einer bestimmten Richtung hin. An solchen Erscheinungen fehlt es auch dermalen in Deutschland nicht ganz. Als man in Württemberg 1806 die dort in zahlreichen Statuten geltende Allg. G. Gem. durch die particuläre gesetzlich verdrängt hatte, wurde sie vertragsmäßig in demselben Umfang aufrecht erhalten (Roth, Unification ꝛc. p. 10). Dasselbe geschieht bis auf den heutigen Tag, seitdem man im Jahre 1833 in den mit Sachsen-Weimar vereinigten, früher Fuldaischen Gebietstheilen, das Sächsische System gesetzlich eingeführt hat. Bekanntlich bildet auch im Bereich des Code die verdingte Ehe die Regel. Wenn nun richtig ist, was Binding

Digitized by Google

in seinem Gutachten über unsere Frage (Archiv f. civil. Praxis 1873 56. Bd. S. 115) „nach zuverlässiger Auskunft" glaubt bezeugen zu können, daß in der Preußischen Rheinprovinz, in Rheinhessen und der Pfalz durch die Vermögenderen fast immer der Mobiliargemeinschaft vertragsmäßig die reine Errungenschaftsgemeinschaft substituirt wird, so weist auch dies auf einen Widerspruch im Volksbewußtsein gegen das bestehende Recht hin. Derartige Erscheinungen werden auch sonst noch hie und da zu constatiren sein, und ihre Constatirung wird eine wesentliche Vorarbeit für unsere Gesetzgebungsfrage bilden. Im Ganzen aber läßt sich doch wohl annehmen, daß Ehestiftungen in Deutschland zur Zeit überhaupt eine verhältnißmäßig seltene Ausnahme bilden, und wird daraus umgekehrt die Folgerung zu ziehen sein, daß sich *im Ganzen* das Volksbewußtsein mit dem am Orte bestehenden Rechte im Einklang befindet, wie ich denn auch nicht wüßte, daß sich im Volke sonstwie eine energische Reaction gegen die *materiellen* Grundlagen der betreffenden Rechte laut gemacht hätte.

Fasse ich das Resultat des Gesagten zusammen, und sehe vorläufig ganz ab von den Motiven, welche auf der angestrebten formalen und materialen Rechtseinheit im gesammten Deutschland beruhen, so ergiebt sich, daß:

1. in etwa einem Drittheil des Deutschen Reichsgebiets eine unläugbare Nöthigung vorliegt, sobald als möglich die Codification des ehelichen Güterrechts in die Hand zu nehmen, eine Nöthigung, welche jedoch *nicht sowohl auf dem materiellen Gehalt als auf der formalen Beschaffenheit der Rechtsquellen*, wozu jedoch namentlich auch die Zersplitterung ihrer Geltungsbereiche, die gänzlich principlosen Differenzen in der Ausführung der einheitlichen Grundgedanken und der Mangel jeder juristischen Technik zu rechnen ist, beruht;

2. daß auf den Gebieten des römischen Dotalrechts, in dem noch nicht überall ausgeglichenen Gegensatz des römischen und Deutschen Systems, wenn auch keine Nöthigung, doch immerhin ein Impuls zu gesetzgeberischer Thätigkeit liegt;

3. daß dagegen, was den materiellen Gehalt betrifft, sich vielleicht mit einigen Ausnahmen für beschränktere Gebietstheile kaum so erhebliche Mißstände entdecken lassen, daß die Gesetzgebung sich zum Eingreifen gezwungen sehen könnte.

Dies als richtig vorausgesetzt, tritt die Zweifelsfrage an uns heran: wenn der Schaden partiell ist, weßhalb soll man das Heilmittel nicht auf die kranken Theile beschränken? Dieser Zweifel wäre vor nicht langer Zeit noch ein völlig berechtigter gewesen, er ist aber nicht mehr berechtigt, seitdem die Codification des Privatrechts überhaupt beschlossene Sache ist,

Digitized by Google

obwohl selbstverständlich damit noch nichts darüber beschlossen worden ist, ob die Codification sich auf all' und jede Partie des Civilrechts erstrecken solle, ob das Gesetz nicht hier und da etwa blos subsidiäres Recht zu schaffen habe, ob nicht eine Suspension einzelner Theile des Gesetzes einzutreten habe und dergleichen mehr. Nicht formell, wohl aber materiell sind jene Möglichkeiten jetzt verschlossen. Es ist aber gut, wenn man sich bewußt bleibt, daß diese eben so sehr auf der Entwicklung der politischen als der Privatrechts-Zustände beruhende Thatsache nicht blos die Voraussetzung, sondern auch den eigentlichen Grund eines „einheitlichen Gesetzes" über das eheliche Güterrecht in Deutschland bildet.

Jener Beschluß hat nur den Sinn, und kann keinen andern haben, als den, daß ein einziger Rechtsorganismus geschaffen wird für ganz Deutschland. Glieder an diesem Organismus sollen also die Rechte der einzelnen Lande werden. Damit ist freilich nicht gesagt, daß sie alle uniform werden müßten, wohl aber liegt darin, daß in allen ein und dasselbe Herzblut pulsiren und ein und derselbe Geist wehen soll. Darum kann jede auch nur einen Theil des Deutschen Rechtsgebiets betreffende gesetzgeberische Thätigkeit nur in Fühlung mit der Ordnung der Sache in andern Theilen und nur im Hinblick auf das gesammte Rechtssystem etwas Gedeihliches schaffen. Dies kann aber nur die Reichs-, nicht die Landesgesetzgebung der einzelnen Staaten leisten. Das liegt in der Natur der Sache! Nur wenn die Factoren der Gesetzgebung sich völlig in die Anschauungen und Grundgedanken, die das System überhaupt beherrschen, einzuleben und einzutauchen vermögen, dergestalt daß sie aus ihnen heraus denken und schaffen, ist jene Leistung möglich. Wer möchte aber das all' den Factoren der Particulargesetzgebungen zutrauen oder zumuthen. Aber selbst angenommen, daß sie befähigt wären, so würden sie es doch natürlich nur sein, wenn die übrigen Partien des Systems abgeschlossen und fertig ihnen vorlägen. Das setzt aber wieder voraus, daß die Autoren des Reichsgesetzes im Stande wären, ihr Werk zum Abschluß zu bringen, ohne noch Gewißheit darüber zu haben, welcherlei Ordnungen die für das eheliche Güterrecht leer gelassene Stelle einnehmen werden. Sie würden also genöthigt sein, einen Rumpf zu schaffen, der passen soll, mag ein Anderer nachher diesen oder jenen oder auch mehrere Köpfe aufsetzen, wie ihm gerade beliebt. Das Ergebniß würde — wie in dem Kinderspiele — die Carricatur sein, nimmermehr würde aber ein gesunder Organismus erwachsen können.

Das Princip des Organischen führt aber noch weiter. Es wird auch von der wesentlichsten Bedeutung für die Gebiete, deren Rechtszustände, sowohl was die Quellen als was deren Inhalt betrifft, zur Zeit vollständig

Digitized by Google

befriedigen. Kraft der organischen Natur des Rechts erhält jede Partie desselben ihre volle Bedeutung, ihren ganzen Sinn erst durch die Umgebung, in der sie steht. Dasselbe Güterrechtssystem gewinnt z. B. einen mehr oder weniger alterirten Gehalt, je nachdem es vom Preußischen, Französischen oder Gemeinen Recht umgeben ist, und sich zu dem einen oder andern gliedlich verhält. So ist es denn unvermeidlich, daß die bestehenden Güterordnungen, selbst wenn man sie buchstäblich beibehalten würde, eine andre Färbung erhalten, wenn man sie als Glieder in den neu zu schaffenden Rechtsorganismus einreiht. So unscheinbar auch solche Aenderungen sein mögen, so groß kann ihre Tragweite für die mehr in der Peripherie liegenden Consequenzen werden; ja je leiser die Verschiebung ist, desto schwerere Zweifel werden bei der Anwendung hervortreten, und je innerlicher und tiefer die das System im Ganzen treffende Umwandlung liegt, desto weniger ist der Gesetzgeber berechtigt, ihren Vollzug lediglich dem Richter oder der Wissenschaft oder dem Volke selbst zu überlassen. Vielmehr muß er diese Arbeit selbst übernehmen, nur er ist noch Herr des Stoffs, nur er im Stande, die Einheit des Werks zu schaffen und zu garantiren.

Nicht blos also, wo die Vornahme der Codification an sich unerläßlich ist, sondern auch da, wo man vom Standpunkte der Particulargesetzgebung aus sie entbehren könnte, muß, wie die Dinge einmal liegen, die Reichsgesetzgebung die Codification des ehelichen Güterrechts zusammen mit der aller übrigen Rechtspartien in die Hand nehmen. Auch schon frühere Gesetzgebungen haben vor ähnlichen Fragen gestanden, und die behutsameren unter ihnen haben die Wirkungen des organischen Zusammenhangs gar wohl in Betracht gezogen. Freilich hat der Codex Maximilianeus die Statutarischen Rechte bestehen lassen, er hat sie aber auch in ihrer bisherigen Umgebung und darum in ihrem vollen bisherigen Sinne stehen lassen, indem er auch die bestehenden subsidiären Rechte, durch eigene Zuthat wenig alterirt, bestehen ließ. Das Letztere hat das Allg. Preuß. Landrecht nicht gethan (cf. die Beschränkung bei v. Wilmowski a. a. O. S. 26 ff.). Aber es ist sich der Gefahr auch bewußt gewesen, und hat einen eigenthümlichen Weg eingeschlagen, um ihr zu entgehen. Es hat sein Familienrecht im organischen Zusammenhang mit dem ganzen System entworfen, ihm jedoch nur die Geltung eines subsidiären Rechts verliehen und dabei in Aussicht genommen, daß im Hinblick darauf und auf den Gesammtinhalt des Gesetzbuchs eine allmählige gruppenweise Codification der Provinzial- und Statutarrechte eintrete, und dadurch die organische Einheit des ganzen Systems gewahrt werde. Man wird die Umsicht und Richtigkeit der Motive anerkennen, und doch Bedenken finden müssen, dieselben Wege einzuschlagen. Rücksichtlich des

Digitized by Google

vom Bayerischen Gesetzbuch beschrittenen bedarf dies keiner weitern Andeutung. Was aber das Verfahren des Preußischen Landrechts betrifft, so wird man sich wohl durch seinen Vorgang nicht zur Nachfolge angeeifert fühlen. Gerade die die Gütergemeinschaft betreffenden Abschnitte, um die es sich dabei eigentlich allein handelt, haben an einer Abstraction zu leiden, welche diese Partie als wenig gelungen erscheinen läßt (cf. Förster, Theorie und Praxis III. §. 207 p. 502), die aber unvermeidlich bleiben wird, wo man Bestimmungen von mehr theoretischer und principieller Bedeutung als zu unmittelbarer concreter Anwendung schaffen soll. Und die Aussicht auf die Codification der Provinzialrechte ist doch auch eine zu sanguinische gewesen. Der Erfolg war, daß man bis auf wenige Ausnahmen entweder die alten Statutarrechte fortschleppte, oder sie schließlich doch durch die Bestimmungen des A. L. R. völlig absorbiren ließ. Besteht aber eine solche Gefahr, so so ist es wohl gerathener, den Schritt sogleich und planmäßig zu thun und zwar um so mehr, als die Sachlage dermalen die Existenz weit verbreiteter in sich geschlossener Codificationen in den einzelnen Ländern eine wesentlich andere ist als die, welche das Allg. Preuß. Landrecht vorfand. Damit ist der Ausweg des letzteren vollends schwer zu vereinen. Mit und gleich ihm verbreitet sich aber auch wohl von selbst die weitere Verfolgung des von Roth angeregten Gedankens einer gruppenweisen Codification der ehelichen Güterrechte, — eines Gedankens, welcher in der Voraussetzung, daß die Inangriffnahme eines Deutschen Civilgesetzbuchs nicht in nächster Nähe zu erwarten stehe, gefaßt und ausgesprochen wurde, — nachdem aber diese Voraussetzung ausgefallen, wohl auf keinem andern, als auf dem vom Allg. Preuß. Landrecht eingeschlagenen Wege ausführbar sein würde, und daher von seinem Urheber selbst schwerlich noch festgehalten wird.

Meine Antwort auf den ersten Theil der gestellten Frage geht dahin: es ist wünschenswerth, ja unerläßlich, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu codificiren, d. h. die Codification von Reichswegen in die Hand zu nehmen und sie nicht der Particulargesetzgebung zu überlassen. Es ist dies wünschenswerth, nicht weil eine Umgestaltung der bestehenden Rechte ihrem Inhalte nach dies erheischte, sondern gerade umgekehrt: obwohl es in der Hauptsache an einer solchen Nöthigung fehlt, um deswillen, weil die organische Einheit des zu schaffenden Rechts die Identität der gesetzgebenden Factoren für alle Glieder desselben Rechtsorganismus erheischt, auch das eheliche Güterrecht aber einer Reproduction bedarf, in etwa einem Drittheil des Reichsgebiets wegen der dermaligen Beschaffenheit seiner Rechtsquellen, in ganz Deutschland wegen der Einverleibung der bestehenden Güterrechte in den nun zu schaffenden Rechtsorganismus.

Digitized by Google

Mit diesem Resultat ist der Weg zur Beantwortung auch der zweiten und Hauptfrage wesentlich geebnet.

II.

Ist die Codification auf einheitlicher Grundlage ausführbar und auf welcher?

Wenigstens auf dem Gebiete des Civilrechts soll man sich doch der alten Wahrheit bewußt bleiben, daß die Gesetzgebung, zumal die Codification, auf Findung, nicht auf Erfindung des Rechts beruht. Finden läßt sich aber nur, was da ist. So scheint sich die Frage, ob eine Codification des ehelichen Güterrechts für ganz Deutschland ausführbar sei? in die andere umzusetzen, ob es ein solches bereits giebt? Dies hieße jedoch, die Rechtsfindung des Gesetzgebers mit der des Richters verwechseln. Von ihr kann nicht die Rede sein, in dem Sinne, daß nur nach dem bereits fertig ausgestalteten und bereits zur objectiven Norm gewordenen Rechte geforscht und solches dann vielleicht neu gemodelt und geformt, aufgeschrieben und sanctionirt würde —, wie dies z. B. vielfach im Mittelalter die Tendenz war bei Abfassung von Statuten. Nein! der Gesetzgeber sucht nach dem Recht, unbekümmert darum, ob es sich durch Uebung oder staatliche Sanction bereits objectivirt hat, oder nicht. Nicht blos dem gewordenen, sondern auch dem werdenden Rechte spürt er nach, und maßgebend ist für ihn nur das Eine, daß es lebendig ist und lebendig zu bleiben verheißt im Gewissen des Volks, nach dem Stande der ganzen religiösen und ethischen, socialen und culturlichen Entwicklung desselben. Darum erscheint ihm das gegenwärtige Recht nur als der einzelne Moment in einer Entwicklungsreihe, die in die Zukunft hinüberreicht, aber in der Vergangenheit Wurzeln hat. Die augenblickliche Erscheinung ist ihm relativ gleichgültig, interessant nur der Rechtsstoff selbst, der noch Leben und Frische genug hat, mit dem Volke in seine Zukunft überzugehen. An diesen gegebenen, nicht gemachten, Rechtsstoff bleibt er gebunden, ihn hat er zu suchen, ihn kann er nicht selbst schaffen; aber an ihm festhaltend darf und muß er sich frei bewegen, um ihn, von seinen Ausgestaltungen entkleidet, von dem Abgestorbenen und im Absterben Begriffenen befreit, in dem bereits Abgeschlossenen fixirt, in dem noch Werdenden nach der eingeborenen Richtung gefördert, vielleicht selbst unter Anticipation späterer Phasen gezeitigt und gereift, geistig zu reproduciren und künstlerisch zu gestalten. Das, dünkt mich, ist die Rechtsfindung des Gesetzgebers.*)

*) Die Verschiedenheit meiner Stellung zu der obigen Principienfrage ist wohl der eigentliche Grund, warum mein Gutachten zu einem entgegengesetzten Resultat ge-

Digitized by Google

In diesem Sinne will also die Frage beantwortet sein, ob der Gesetzgeber ein einheitliches eheliches Güterrecht vorfindet, das er zur Grundlage seiner Codification nehmen kann und also auch nehmen muß? Eine Bejahung dieser Frage wäre bei unsern bekannten Rechtszuständen in dieser Partie nur in zwei Fällen möglich. Entweder: die zur Zeit in Deutschland geltenden ehelichen Güterrechte sind nur ihrer äußern Erscheinung nach und in ihren Einzelbestimmungen different, ihren wesentlichen Grundlagen, ihrem Keime und ihrer geschichtlichen Entwicklung nach aber eins, oder doch wenigstens so nahe verwandt, daß es möglich ist, sie zu einer höheren Einheit und zu einem wahrhaft einheitlichen Organismus zu vereinigen — oder: die Einheit besteht nicht, aber der Zug des Rechtsbewußtseins zu ihr hat sich durch eine stetig convergirende Entwicklung der ursprünglich geschiedenen Anschauungen, durch einen unermüdlichen und unbesieglichen Drang nach Ausgleichung und Unification, als mächtig genug manifestirt, um die gewohnten particulären Rechtsanschauungen durch universalere ersetzbar, oder sie wenigstens ihnen zu Liebe opfernswerth erscheinen zu lassen. In dem einen wie in dem andern Fall wird der Gesetzgeber von einheitlicher Grundlage ausgehen dürfen, ohne fürchten zu müssen, willkürlich in das Heiligthum des Volksgewissens einzugreifen. Nicht das Vergangene und nicht das Vergängliche gilt es ja zu fixiren, sondern nur das Wesentliche und Bleibende, und darum kann es nicht verwehrt sein, das erst noch werdende Recht als gewordenes zu anticipiren, das Ziel der eingeschlagenen Entwicklung intuitiv aus dem Anfang zu erkennen und mehr oder weniger vorauszunehmen.

Liegt einer oder der andere dieser beiden Fälle vor? Die Erörterung dieser beiden Punkte entscheidet über die Hauptfrage. Ich behandle den letzten Punkt zuerst. Die Nachweisung auf diesem könnte des Eingehens auf den ersten ganz überheben.

Ich läugne, daß sich zur Zeit in der Rechtsentwicklung des gesammten Deutschen Volks ein Zug nachweisen läßt, der auf Identificirung des ehelichen Güterrechts in ganz Deutschland so mächtig und gewaltsam hindrängte, daß deren Herbeiführung im Wege der Legislation geboten erscheinen könnte, wenn sie nicht jetzt schon dem Wesen und Keime nach als existent angesehen werden dürfte.

Durch die neuere Geschichtsforschung, zumal durch das umfassende und

---

langt als das von Binding und von Beaulieu. Dagegen spricht, wie mich dünkt, aus den Gutachten von Roth und Schröder eine mit der meinigen übereinstimmende Grundanschauung.

Digitized by Google

abschließende Werk von Schröder*) liegt uns der Gang der Entwicklung des ehelichen Güterrechts in deutlichen Umrissen vor Augen. Danach ist es von einem einheitlichen System, von der Verwaltungsgemeinschaft, ausgegangen. Aber schon in den Volksrechten zeigen sich die Ansätze zu einer weit auseinderlaufenden Entwicklung. Schon frühzeitig zweigte sich die Errungenschaftsgemeinschaft ab, die im weitern Verfolg sich in mehrern Stammesrechten zur allgemeinen Gütergemeinschaft erweiterte. Aber diese drei großen Gruppen, seit dem Eindringen des römischen Rechts durch eine vierte nicht blos vermehrt, sondern ihrerseits mannigfach zersetzt sind, zerflossen im Lauf der Jahrhunderte in weitere Gruppen, und diese in fast unzählige Einzelgestaltungen. Diese Erscheinung, zumal das bunte Gemenge, in dem die meisten dieser Rechte liegen, beruhte freilich zum Theil auf Gründen, die heutzutage nicht mehr bestehen, — auf den staatlich-politischen Zuständen, auf der geringen Cohäsion der einzelnen Theile des Volks, auf dem Princip der Personalität der Rechte, auf der eigenthümlichen Art der Rechtsbildung, auf den Wanderungen der Rechte, — nicht zu verkennen ist aber, daß sie wenigstens, was die Hauptgruppen betrifft, auch im Zusammenhang steht einerseits mit der Individualität der einzelnen Stämme, und andrerseits mit den Eigenthümlichkeiten einzelner Landschaften, einzelner Stände, einzelner localer Sitten und Gebräuche. War doch das gesetzliche eheliche Güterrecht in vielen Partien nur „der Niederschlag" immer wiederkehrender Dispositionen der Ehegatten selbst, diese Dispositionen aber der unmittelbare und unverfälschte Ausdruck dessen, was die Betheiligten unter den Augen und der Controlle ihrer Genossen und Mitbürger für recht und billig achteten. Was aber auch der Grund sein mochte, die Signatur der ganzen Entwicklung war der Individualismus; von einer convergirenden Richtung derselben war auch nicht eine Spur zu entdecken. Eine solche ist erst in diesem Jahrhundert hervorgetreten. Die Anregung gab die Preußische Codification. So ernstlich man bemüht war, den Provinzen ihre angestammten Familienrechte zu bewahren, so wenig war man doch gemeint, das bunte Gewirre sich im Ganzen wie im Detail widersprechender Local- und Statutarrechte zu verewigen. Ihre einheitliche Zusammenfassung wurde überall angestrebt, und theils durch Schaffung selbständiger Provinzialrechte (Ostpreußen 1801, Westfalen 1860), theils durch provinzielle Reception der landrechtlichen Systeme des maritalischen Nießbrauchs (Sachsen 1814, Schlesien 1845, Mark Brandenburg durch die Praxis**), oder der Allg.

*) Einen kurzen Ueberblick giebt desselben Verfassers Aufsatz in der historischen Zeitschrift Bd. 31 p 289—311.

**) Scholz, Provinzialrecht der Kurmark Bd. II. Abth. 2 p. 18, 19. (Vergl. auch das Gesetz vom 22. Mai 1874.)

Digitized by Google

Gütergemeinschaft (Posen 1816, Westpreußen 1844) theils endlich in der Rheinprovinz durch den Code zum größten Theil erreicht. Auch sonst auf dem linken Rheinufer, wie auch in Baden (1809), wirkte der letztere unificirend. Dasselbe Streben in Württemberg: 1807 wurden alle Statuten und Localrechte der neuen Gebietstheile zu Gunsten des Württemberg'schen Landrechts radical aufgehoben und damit das Errungenschafts-System, dieses letztere über das ganze Königreich hin, generalisirt. Der Entwurf von 1840 bewegt sich in derselben Richtung. Auch in kleineren Staaten, wie in Weimar, finden wir dieselbe Tendenz, und am Energischesten hat sie sich neuerdings einer besonders lästig fallenden Zersplitterung gegenüber in Oldenburg zur Geltung gebracht. Dagegen fand die Codification im Königreich Sachsen ein durch die Generalverordnung vom 24. Mai 1814 und das Erbfolgemandat von 1829 bereits unificirtes Recht vor. Nimmt man hinzu, daß nach dem oben über den Stand der Legislationen und Legislationsversuche Bemerkten auch anderwärts fast überall dieselbe Tendenz vorgewaltet hat, wiewohl bis jetzt ohne gleichen Erfolg, so wird man das, was ich eben als einen Zug und Drang des Rechtsbewußtseins bezeichnete, welcher die einzuschlagende Bahn vorzeichnet, gewiß signalisirt finden.

Weiter als auf eine gruppenweise Ausgleichung bereits innerlich identischer oder nahe verwandter Theile ist diese Bewegung jedoch nicht gegangen, wenn auch hie und da (z. B. in Schlesien, wo 64 verschiedene Particularrechte unificirt wurden) gegensätzliche Bildungen durch die Wucht ihrer Umgebungen absorbirt worden sind. Identitäten aber von dem Umfang, wie sie der Code oder das Oesterreichische Civilgesetzbuch geschaffen hat, haben bisher ganz außerhalb der Zielpunkte der Deutschen Bestrebungen gelegen, und doch wären legislatorische Vorgänge dieser Art am Meisten geeignet gewesen, die Anschauungen und Gedankenreihen nach sich zu ziehen und in die eingeschlagene Richtung zu lenken. Man glaube doch nicht, daß unsere bisherige politische Zerklüftung jede weitergreifende Tendenz von vornherein hätte ersticken müssen. Ein wirklich im Bedürfniß und Bewußtsein der Nation begründetes Streben hätte sich im Leben, in der Wissenschaft, in der Litteratur tausendfach manifestirt, wie dies ja z. B. auf dem Gebiete des Handels- und Wechselrechts zu beobachten gewesen ist. Was ließe sich aber anführen, das dem Ringen um diese Gesetzeswerke zu vergleichen wäre? Runde entwarf zwar ein „deutschthümliches" eheliches Güterrecht, aber ihm selbst erschien es undenkbar, seinen Entwurf zum gemeinen Recht erhoben zu sehen (Güterrecht S. 395). Der Versuch, eine Bewegung in der besprochenen Richtung in's Leben zu rufen, den Geck 1862 auf dem dritten Deutschen Juristentag machte, scheiterte trotz

Digitized by Google

der unitarischen Tendenz dieses letzteren an den schlagenden Gegengründen von Unger, Ihering und Heydemann (Verhandlungen Band II S. 203—217). Seitdem ist meines Wissens der Gedanke nirgends wieder ernstlich aufgenommen worden, bis die Frage im Zusammenhang mit dem Plane einer Codification des gesammten Rechts von Reichswegen sich von selbst aufdrängen mußte. Wenn dadurch der Gedanke und der Wunsch erwachte, die nunmehr unumgängliche Codification möge auf einheitlicher Grundlage erfolgen, so kann man darin gewiß nicht die Manifestation eines im Volke lebenden, opferbereiten, einmüthigen Dranges erblicken. Wäre ein solcher vorhanden und mehr als ein bloßer Wunsch, der über der erwünschten formalen Einheit die realen Bedingungen ihrer Durchführung übersieht oder geringschätzt, so müßte doch Einmüthigkeit bestehen über die Basis, auf der diese Einheit herzustellen wäre. Aber wie läßt sich eine solche Einmüthigkeit auch nur über die allgemeinsten Umrisse im Volke erwarten, wenn selbst in den urtheilsfähigen Spitzen desselben über das Wie? das Urtheil schwankt. Da findet vom theoretischen Standpunkt aus Stahl (wiewohl nur bedingt) die Verwaltungsgemeinschaft dem Deutschen Wesen der Ehe am meisten entsprechend, während Trendelnburg dasselbe von der Errungenschaftsgemeinschaft aussagt. Bekannt sind Gerbers Urtheile über beide Gestaltungen. Runde und Völderndorff legen ihren Entwürfen die Verwaltungsgemeinschaft als die einzig mögliche gemeinschaftliche Basis zu Grunde, und ihnen schließt sich neuerdings Beaulieu-Marconnay in seinem diese Form so trefflich illustrirenden Gutachten an, während Binding die Errungenschaftsgemeinschaft ursprünglich als die einzig denkbare, später wenigstens als die angemessenste Gestaltung empfiehlt, Geck bei seinem Antrag an Allgemeine Gütergemeinschaft dachte. Man wird ja sagen dürfen, im Volke könne nur die allgemeine Empfindung für das Nothwendige leben, die Realisirung sei Sache des Gesetzgebers. Immer wird es doch dabei bleiben, daß die abstracte Einheit d. h. die Einheitlichkeit des Rechts, gleichviel welches Inhalts, nie das Ziel der Bewegung des Rechtsbewußtseins in einem Volke sein kann noch sein darf.

Ich bestreite aber sogar, daß sich reale Gründe denken lassen, welche, als zwingendes Bedürfniß, der Rechtsentwicklung die Richtung auf eine ganz Deutschland beherrschende Einheit gegeben haben könnten.

Das Familienrecht, insonderheit das eheliche Güterrecht, regelt in erster Linie keine Beziehungen, die in weite Ferne greifen und an denen größere Kreise von Personen ein Interesse zu nehmen hätten. Zunächst sind es doch die Gatten selbst und deren Kinder, in zweiter Linie deren Familien, welche dieses Interesse haben, und zwar auch sie nichtwährend der Dauer der Ehe, wo ja, sofern sie im rechten Sinne besteht, die Rechtsbeziehungen

Digitized by Google

hinter den ethischen völlig zurücktreten. Aber von Bedeutung werden die ersteren und zwar auch die während der Dauer der Ehe vorhanden gewesenen, hauptsächlich aber die erbrechtlichen, mit Auflösung der Ehe namentlich durch den Tod eines Gatten. Allein da liegen ja vollendete Thatsachen vor, deren Consequenzen die Betheiligten hinnehmen müssen, ohne durch ihr Eingreifen noch etwas ändern zu können. Zwar wird es dem Entfernten erwünscht sein, von sich aus beurtheilen zu können, was Rechtens ist, es wird ihm auch vielleicht gegen das Gefühl gehen, wenn die Dinge anderwärts anders geordnet sind als er gewohnt ist, aber eine Unbill wird er nimmermehr darin finden dürfen. Es liegt dieß in der dispositiven Natur, die dieses Rechtsgebiet trägt und in Deutschland gewiß immer tragen wird. Was die Gatten unter sich ordnen, abändern oder festsetzen dürfen, das muß auch das Gesetz je nach den verschiedenen Landestheilen subsidiär verschieden ordnen dürfen. Oder umgekehrt: mag das Gesetz eine universelle Gleichheit für ganz Deutschland herstellen, thatsächlich wird in den Beziehungen der Gatten zu einander und zu ihren Familien doch keine Gleichheit bestehen, eine solche wenigstens im einzelnen Falle nie durch das Gesetz verbürgt erscheinen (cf. Schröder Gutachten S. 40). So ist es denn in der That nur der vermögensrechtliche Verkehr der Gatten mit Dritten, zumal das Gebiet ihrer Obligationsverhältnisse, welches möglicher Weise in die Ferne greift, und fast nur das Interesse dieser Dritten läßt eine einheitliche Güterordnung wünschenswerth erscheinen. Nun verdient ja die Beziehung der Gatten nach Außen die ernstlichste Rücksicht, denn nach dieser Richtung liegt ja die eine Seite ihres ganzen Rechtslebens. Aber nicht jede Beziehung zu Dritten greift in die Ferne, und darum allein handelt es sich hier. Da verhält es sich nun mit der ehelichen Genossenschaft nicht wie mit der kaufmännischen, deren einheitliche Construction für ganz Deutschland freilich das dringendste Bedürfniß war. Für die Ehegatten aus einzelnen Ständen, aus dem Stande der Kaufleute Fabrikanten, Schiffer, und insofern auch für ganze Bezirke, wie Handels- und Seestädte, kann diese Rücksicht freilich entscheidend werden. Wo es sich aber um große Gebiete mit mannigfaltigen Interessen und Berufsclassen handelt, da wird sich höchstens eine singuläre Behandlung der ehelichen Güterverhältnisse gerade der Kaufleute 2c. rechtfertigen, etwa nach dem Vorgange der Preußischen Concursordnung von 1855.*) Allein das sind augenscheinlich nur Ausnahmen im Vergleich zu der ungeheuern Mehrzahl

*) Aehnlich auch anderwärts, z. B. in der Stadt Braunschweig schon durch das Statut von 1579. cf. Schletter Jahrbuch II. p. 66. Auf diesen Gesichtspunkt macht bereits Förster Th. u. Pr. III. p. 516 aufmerksam.

Digitized by Google

von Ehen, deren wirthschaftliches Leben sich in einem engen oder wenigstens in einem solchen Kreise abspinnt, der über Rechtsgebiete von provinzieller Ausdehnung gar nicht oder selten hinausreicht. Darf man allen diesen ihre gewohnte Ordnung nehmen, damit in einem geringen Bruchtheil von Fällen der Credit gesichert erscheint und auch die entfernten Gläubiger das Maß desselben bemessen können? Das hieße doch, den Schwerpunkt der ganzen Sache auf dem einen Ende suchen, und nicht genug kann man sich, zumal eine Versuchung dazu in der ganzen Zeitrichtung liegt, dagegen verwahren, den merkantilen Gesichtspunkt selbst auf solchen Gebieten einseitig maßgebend werden zu lassen, die er überhaupt nicht beherrschen darf.

Kann also das Interesse der Gläubiger für die Einheitlichkeit des Systems nicht entscheidend werden, so müssen vollends Rücksichten schweigen, die ihrer Natur nach nur von secundärer Natur sein dürfen. Es ist ja wahr: mit der Einheitlichkeit des ehelichen Güterrechts erledigt sich für das ganze Reichsgebiet die Frage nach den örtlichen Grenzen des erstern, eine Frage, deren practische Bedeutung von Jahr zu Jahr sich steigern wird und deren rechtswissenschaftliche und legislatorische Behandlung bekanntlich zu den schwierigsten gehört. Allein so häufig auch in Zukunft ganze Familien ihren Wohnsitz wechseln werden — als das Normale wird es dem Gesetzgeber nie erscheinen, und derselbe wird nie danach die Grundzüge des Instituts construiren wollen. Zudem beruht der dermalige Uebelstand hauptsächlich auf dem engen Zusammenliegen kleinster Rechtsgebiete, und daß ein solcher Zustand nicht fortdauere, dafür sprechen ohnehin noch andere gewichtigere Gründe.

Kurz: ein auf dem realen Bedürfniß beruhender Zug nach einem einheitlichen System für ganz Deutschland ist im Volke weder als vorhanden thatsächlich zu constatiren noch als sachlich begründet vorauszusetzen. Und doch können nur unzweideutige Thatsachen aus dem Leben der Nation selbst, nicht Ansichten und Wünsche Einzelner oder Vieler, in dieser Sache Zeugniß ablegen. Ja nicht einmal den Reichstag möchte ich hiezu berufen erachten und ihm daher auch die Frage nicht als eine offne zur Entscheidung anheimgeben, weil es sich eben nicht sowohl um ein Urtheil oder Gutfinden, als um das Zeugniß über eine Thatsache handelt, die sich nur selbst glaubhaft bekunden kann, die sich aber auch ganz gewiß in mancherlei Erweisungen bekundet haben würde, wenn sie existirte.

So ist die Einheitlichkeit der zu codificirenden Güterordnung nur dann möglich, zugleich aber geboten, wenn unter den dermaligen ehelichen Güterrechten in Form und Wesen diese Einheit schon gegenwärtig besteht. Damit gehe ich zur zweiten Seite der Frage über. Ich beant-

Digitized by Google

worte aber auch sie mit Nein, obwohl ich selbstverständlich mich auch hier auf den Standpunkt der legislatorischen, nicht der richterlichen Rechtsfindung (in dem oben angedeuteten Sinne) stelle.

Hält man Umschau über die ehelichen Güterrechte unter Lebenden und von Todeswegen auf dem Deutschen Reichsgebiet, so tritt ein so buntes Gewirre entgegen, daß es vor den Augen flimmert. Blickt man indessen länger und fester zu, so stellen sich doch Gruppen dar, deren Glieder unter sich relativ homogen, von andern Gruppen aber in sehr wesentlichen Punkten different sind. Es sind dies bekanntlich die Gruppen der Güter- und Verwaltungsgemeinschaft gegenüber dem Dotalsystem. Doch nimmt diese Gruppirung für uns sofort wieder eine andere Gestalt an. Das Dotalsystem läßt sich nämlich, soweit es nicht lediglich das römisch ausstaffirte System der Verwaltungsgemeinschaft ist, von vornherein ausscheiden. Zwar möchte ich nicht mit Schröder (Gutachten S. 38) auf die Kleinheit seines Geltungsbereichs Gewicht legen, zumal von den in seiner Statistik nicht rubricirten nahezu 5 Millionen Deutschen doch wohl ein großer, wenn nicht der größte Theil, gerade dem Dotalsystem zuzuweisen ist.*) Aber es liegt hier ein Fall vor, der das oben über Rechtsfindung Gesagte vortrefflich illustrirt. Wenn man auch kaum umhin kann anzuerkennen, daß im Gebiete des gemeinen Rechts das reine Dotalrecht gilt, soweit es nicht durch particulare Gesetze oder Gewohnheiten excludirt blieb (ich verweise statt Vieler auf Roth Bayerisches Civilrecht I. p. 331, 333, 335, 338 ff. und Windscheid Pandekten §. 491 Nr. 3), so ist doch nicht minder gewiß, daß dieses System dem Deutschen Rechtsbewußtsein stets fremd geblieben ist. Dafür legt der nie ruhende Kampf, den auf diesem Punkte das Deutsche Recht seit dem 14. Jahrhundert gegen das fremde geführt hat, Zeugniß ab, nicht minder die ganze Dogmengeschichte dieser Partie (cf. besonders Rathmann einige Worte über eheliches Güterrecht 1859) bis in die neueste Zeit (cf. Gerber §. 226 Nr. 14, Förster Theorie und Praxis §. 207 u. A. m.), die Art ihrer Reception in die neuern Gesetzbücher, zumal in das Oesterreichische u. s. w. Mit Recht fragt schon Rathmann (l. c. p. 82) ob wohl Laien, die unter der Herrschaft des römischen Do-

*) Namentlich dürfte der Rest der nicht rubricirten Hannöverschen Bevölkerung mit mehr als anderthalb Millionen Einwohnern dem reinen oder germanisirten Dotalsystem, auf welchem letztern die provinziellen Meierrechte meist beruhten, angehören, wie denn auch die Bestimmung im §. 2 des das Höferecht in der Provinz Hannover betreffenden Gesetzes vom 2. Juni 1874 auf das Dotalrecht hinweist. (Cf. Gräfe Leitfaden zum Studium des hannöverschen Rechts II. §. 45 p. 134 f. Weißke Rechtslexicon s. v. Hannover), ebenso die städtische Bevölkerung von Braunschweig (Schletter Jahrbücher II. p. 64, 66) und wenn auch nur kleine Bruchtheile der Bevölkerung der Provinz Hessen (cf. Roth und Meibom §. 105.)

Digitized by Google

talrechts leben, wirklich eine dos im römischen Sinne zu bestellen glauben und beabsichtigen — also in dem Sinne, daß der Mann Eigenthümer derselben wird, er aber zum übrigen Frauengut ziemlich gradeso steht wie jeder Dritte? Muß und darf dies aber getrost verneint werden, so liegt es auch im Beruf des Gesetzgebers, dieses Recht trotz seines formellen Bestandes aufzuheben resp. bei der Codification zu ignoriren. Auch das heißt: Recht finden, obwohl ein nicht bestehendes an die Stelle eines formell in Kraft befindlichen gesetzt wird.

Es bleiben also zunächst und abgesehen von den vielfältigen Unterabtheilungen, die drei großen Gruppen der Verwaltungsgemeinschaft (incl. des Systems des maritalischen Nießbrauchs) der allgemeinen und particulären Gütergemeinschaft, für welche die Frage zu erörtern ist, ob bei aller Verschiedenheit in der äußern Erscheinung und allen Gegensätzen im Detail, doch die wesentlichen und hier allein entscheidenden Grundzüge identisch sind.

Nun ist es ja gar nicht zu verkennen, daß alle diese Systeme auf derselben Basis erwachsen sind, wie namentlich hervortritt, wenn man das römische System dagegen hält. Nach diesem übt die Ehe auf das Vermögen der Ehegatten principiell überhaupt keinen Einfluß, weder während ihres Bestandes noch nach ihrer Auflösung. In letzterer Beziehung begründen die fast bedeutungslosen Erbrechte der Ehegatten kaum eine Ausnahme, und die anscheinende Beschränkung des Princips durch das Institut der dos besteht mit und neben demselben, insofern die dos lediglich auf Vertrag, wenn auch auf einem ganz eigenthümlich gestalteten Vertrag beruht. Ganz anders verhält sich dieß aber in allen Formen des Deutschen Rechts. Da wirkt die Ehe ein auf die rechtliche Lage des ganzen Vermögens beider Ehegatten, während der Ehe mindestens des gesammten Frauengutes. Erbrechtliche Vortheile herüber und hinüber erkennen alle Deutschen Rechte an, so verschieden erstere auch nach Form und Maaß sein mögen. Die Ordnung des Verhältnisses während der Ehe bewegt sich aber in allen Deutschen Rechten um den Begriff der dem Manne als Recht und Pflicht zustehenden Vertretung der Frau resp. des ganzen Hauses (dieß der Sinn der ehelichen Vormundschaft) und um den Begriff der Genossenschaft der Eheleute, welche ein doppeltes Moment in sich schließt, das einer gewissen Gleichheit und das einer gewissen Gemeinschaft beider Eheleute. Dieß sind die Elemente, aus denen jede deutsch-rechtliche Güterordnung componirt ist, wie sie es gewesen ist soweit unsere Kenntniß zurückreicht.*)

*) Cf. die nähern Ausführungen in meiner Gewere zu rechter Vormundschaft § 2 p. 8 flg., denen auch Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechts II. Abth. §. I p. 1 flg. beigetreten ist.

Digitized by Google

Aber die Mischung dieser Elemente ist eine sehr verschiedene. Im System der Verwaltungsgemeinschaft liegt der Schwerpunkt ganz und gar in der Befugniß und Pflicht des Mannes zur Vertretung der Frau in allen ihren Vermögensverhältnissen, während grade umgekehrt in der allgemeinen Gütergemeinschaft die genossenschaftliche Idee in den Vordergrund tritt, sodaß der Mann mehr als Vertreter der ehelichen Genossenschaft denn als Vertreter der Frau gedacht wird. Die particuläre Gütergemeinschaft endlich steht zwar auf dem letzteren Standpunkt, führt aber die Idee der Gemeinschaft soweit durch, als es mit der Wahrung der ursprünglichen Zuständigkeit gewisser Kategorien des vereinigten Guts verträglich ist. So erwachsen denn aus dieser Mischung der gedachten Grundelemente innerlich nahe verwandte Gruppen von Güterordnungen, und insofern darf man allerdings von einem einheitlichen Güterrecht in ganz Deutschland reden. Man würde aber doch sehr irren, menn man annehmen wollte, daß jene Güterordnungen darum auch ihren Grundzügen nach identisch seien, jene Mischung etwa nur auf Willkür oder Zufall, nicht auf dem Gegensatz tiefer liegender Anschauungen und Bedürfnisse beruhte. Dieß Letztere ist in der That der Fall. Die Gebäude sind wohl aus demselben Material aufgeführt, aber nicht in demselben Styl, nicht nach demselben Bedürfniß, nicht in demselben Umfang errichtet, und schwerlich würde sich der Bewohner des einen auch in beiden andern wohnlich einzurichten vermögen.

Ich denke eine Vergleichung jener drei Gruppen ihren Grundgedanken nach wird dies ergeben und davon überzeugen, daß nicht Zufall und Laune die Verschiedenheit dieser Bildungen erzeugt hat, sondern daß sie die Resultate tieferer Gegensätze der Anschauungen in verschiedenen Theilen des Deutschen Volks sind.

Es ist doch nicht Laune und Zufall, daß das System der Verwaltungsgemeinschaft noch heute wie vor Fünf Hundert und mehr Jahren die Verhältnisse so regulirt., daß die rechtliche Lage des ehemännlichen Vermögens während der Ehe durch diese im Wesentlichen unberührt bleibt, die des Frauenguts dagegen sich zwar, was die Zuständigkeit betrifft, auch nicht ändert, wohl aber auf die Dauer der Ehe insofern ălterirt wird, als der Mann wie das Recht so die Pflicht übernimmt, die Frau in allen ihren vermögensrechtlichen Beziehungen mehr oder weniger selbständig zu vertreten. Es ist aber ebensowenig blos Laune oder Zufall, daß das System der allgemeinen Gütergemeinschaft durch alle seine Gestaltungen hindurch nicht blos das eheweibliche, sondern auch das ehemännliche Vermögen durch die Ehe Aenderungen erleiden läßt und zwar beide im Wesentlichen gleichartige dergestalt, daß das zusammengebrachte Gut zunächst nach Außen (gegen Dritte), folgeweise aber auch, sofern man sich den Consequenzen des römischen

Digitized by Google

Eigenthumsbegriffs nicht zu entziehen vermag, unter den Eheleuten selbst als eine ihrer Zuständigkeit nach geeinigte Masse erscheinen mußte. Es spricht sich darin eine verschiedene Grundanschauung von der Ehe als der Basis von Haus und Familie nach der vermögensrechtlichen Seite hin aus.

Nach der einen erscheint der Mann als der eigentliche Träger des ganzen Rechtslebens in Haus und Familie, die Frau nur als seine Gehülfin mit ihrer Person wie mit ihrem Vermögen. Sie hilft ihm, indem sie auf die Dauer der Ehe ihre Thätigkeit, ihre Wirthschaft, ihr Hab und Gut mit der seinen vereinigt, und mit dieser vereinigt unter seine Leitung stellt — sie hilft ihm aber nicht für sein einseitiges egoistisches Interesse, sondern sie hilft ihm als dem Haupte des Hauses, also schon während der Dauer der Ehe, auf den wichtigsten Punkten (namentlich im Immobiliarbesitz und Schuldenwesen) gegen seine Willkür geschützt, jedenfalls aber nach Aufhebung der Ehe berechtigt, ihr Gut in dem Zustande des Einbringens zurückzunehmen und in diesem Rechte durch die dem römischen Rechte entlehnten, mächtigen Dotalprivilegien gesichert. Sie ist aber auch seine Gehülfin nicht in der Stellung einer Magd, sondern einer auf Lebenszeit innig verbundenen Genossin, darum während der Ehe von dem Ertrage der gemeinschaftlichen Thätigkeit und des vereinigten Guts gleichberechtigt zehrend und nach dem Tode des Mannes ihren Antheil an seinem durch sie mit erworbenen und vermehrten Vermögen nehmend, und mit um so reicherem Erbtheil bedacht, je ferner dem Manne die Erben aus seiner Familie stehen.

Ganz anders bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Hier sind Mann und Frau zusammen als Genossenschaft die Träger des Hauses in dessen gesammten rechtlichen Beziehungen. Zwar hat auch hier der Mann eine überlegne Stellung bei der Action, ja diese Grundanschauung gestattet sogar, jener bis zur Schrankenlosigkeit zu steigern. Denn nicht die absolute Gleichheit der Stellung beider Gatten ist das Entscheidende, sondern die genossenschaftliche Idee. Sie hat dahin geführt, die Verbindung des beiderseitigen Vermögens so unscheidbar wie die Verbindung seiner Subjecte erscheinen zu lassen. Das Charakteristische dieses Systems beruht darin, daß das beiderseitige Gut vom Augenblicke seines Zusammenbringens an nie wieder verschiedenen juristischen Schicksalen je nach seinem Ursprung unterliegt, sondern für immer eine rechtliche Einheit bildet, selbst bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines oder des andern Gatten. Die ursprüngliche Zuständigkeit ist auch nicht mehr maßgebend, auch des Mannes Vermögen kommt in eine völlig neue Situation, das vereinigte Gut — nur als Ganzes vermehrt oder vermindert es sich, gleichmäßig dem Besitz, dem Genuß, der Nutzung, der Vertretung, der Disposition unterliegend,

Digitized by Google

mag letztere nun beiden Eheleuten in gesammter Hand, oder mag sie der einseitigen Entscheidung des Mannes überlassen, oder in zahllosen Abstufungen irgend welche Ausgleichung zwischen beiden Extremen hergestellt worden sein. Und selbst nach Auflösung der Ehe durch den Tod eines Gatten fällt das Gut nicht wieder seinem Ursprung nach aus einander: entweder setzt sich die Gemeinschaft principiell unverändert mit den Kindern fort, oder es lockert sich zwar dieses Verhältniß alsbald, indem es zum Nießbrauch oder Besitz des Ueberlebenden gemildert wird, erlischt aber auch so nur allmählig, definitiv oft erst mit dem Tode des Letztern.

Das sind doch zwei Systeme von überaus verschiedenem Charakter. Die eine Anschauung ist naiver, weicher, sich dem factischen Stoffe näher haltend, die andere abstracter, principieller, kunstvoller, den juristischen Kategorien zugänglicher. Hat die eine einen höhern juristischen Werth und ist sie für den Richter leichter zu handhaben, so ist die andre dafür volksthümlicher, mehr mit dem ganzen socialen Leben verwachsen. Wird bei der Verwaltungsgemeinschaft das eheliche Güterrecht mehr als für sich bestehendes Institut, aus dem übrigen Familien- und Erbrecht gelöst oder leicht lösbar construirt, so schlägt es bei der Gütergemeinschaft mit dem Eltern- und Erbrecht tausend unlösbare Verbindungen, wird recht eigentlich zum Centrum dieser Partieen. Muß sich im Gebiete der Verwaltungsgemeinschaft jeder Gatte im Laufe der Ehe immer wieder darauf besinnen, wem dieses oder jenes Vermögensstück gehört, wer es inferirt hat, wie und wann es erworben ist, und werden diese Fragen vollends brennend, wenn der Tod die Ehe scheidet und nun die Verwaltung des Mannes lange Jahre zurück einer Prüfung Seitens der Frau oder ihrer Erben unterzogen, Anspruch und Gegenanspruch ventilirt wird — so kommt dem in Gütergemeinschaft Lebenden keine dieser Fragen. Keine kommt aber auf dem Dritten, der sich mit einem der Gatten in Verkehr begiebt. Er weiß: der Mann kann überhaupt oder er kann im concreten Falle allein oder er kann nur in gesammter Hand contrahiren. Damit weiß er genug, um sich vorzusehen: das Gesammtgut haftet ihm nun. Und wenn der Tod die Ehe trennet, da löst sich das Hauswesen nicht in abrupter Weise auf, da bricht nicht die Vormundschaftsbehörde in das Sterbehaus ein mit Siegel und Inventur, da setzt sich Wirthschaft und Geschäft fort, bis sich allmählig die Familie selbst auflöst. Je enger sich aber bei solchen Institutionen das Recht den natürlichen Zuständen angeschlossen, je treuer es dieselben gewisser Maaßen nur rechtlich umschrieben hat, desto mehr sind sie dem Volke in Fleisch und Blut übergegangen, und sie ihm nehmen würde soviel heißen, als ihm ein Stück von seinem eignen Wesen nehmen. Aber noch drückender, wenn denkbar, würde es andrerseits dem in die

Digitized by Google

Verwaltungs-Gemeinschaft Eingelebten werden, wenn man ihm zumuthen wollte, sich plötzlich in eine Anschauungsweise, wie die geschilderte ist, zu finden. Ihm würden schon all die Incongruenzen und Härten in diesem System, welche die Sprödigkeit seines Stoffs gegen scharfe juristische Construction mit sich bringt und die nur die alte Gewöhnung vergessen läßt, hart ankommen im Vergleich mit seinen auf klaren Principien ruhenden Ordnungen. Noch weniger würde er aber die materiellen Anstößigkeiten überwinden. Unverständlich wird ihm, bis er sich geradezu umdenkt, bleiben, daß er in und mit Eingehung der Ehe sein Vermögen zum Theil einbüßt und dafür andres erwirbt, daß auch der Mann nun über sein eignes Gut nicht mehr frei disponiren, oder aber (umgekehrt), daß er auch über die werthvollsten Stücke des Frauenguts nach Laune und im egoistischen Interesse so uneingeschränkt verfügen darf, daß es juristisch seiner Willkür völlig preisgegeben sind — unverständlich wird ihm bleiben, daß was der Beamte, der Kaufmann, der Schiffer 2c. durch seine Arbeit und Thätigkeit verdient, ipso jure zur Hälfte seiner Frau erworben sein soll, während er gewohnt war, Letztere für ihre Verdienste um den Erwerb abgefunden zu sehen durch ihren möglichst reichlichen Erbtheil an des Mannes Vermögen, ohne daß dieser Vortheil auch ihren Erben zugekommen wäre, wenn sie vor dem Manne starb. Aber nicht blos unverständlich, sondern in hohem Maaße widerwärtig würde ihm dies Alles im Falle kinderloser Ehe werden, wo der Ueberlebende entweder sein eignes Gut bei Leibesleben zur Hälfte an Fremde gelangen sieht oder seinerseits erwirbt, was ihm nicht zu gebühren schien. Und so schimmern die fundamentalen Gegensätze auch in allen Einzelheiten durch und erwecken das Gefühl des Fremdseins selbst da, wo, wie das häufig genug der Fall ist, äußerlich Gleichheit besteht.*) Niemand wird sagen dürfen: diese Anschauung ist richtig und jene ist falsch. Sondern sie haben beide ihr Recht auf Existenz, sie haben dieses Recht durch vielhundertjährigen Bestand, so zu sagen, ersessen, und darum soll der Gesetzgeber sie weder auszugleichen versuchen noch die eine zu Gunsten der andern vernichten.

Verwaltungs- und Allg. Gütergemeinschaft stehen auf den beiden entgegengesetzten Polen der Deutschen Güterordnungen. Inmitten zwischen beiden — zeitlich wie dogmatisch — liegen die Gruppen der particulären Gütergemeinschaft. Haben auch diese das Recht auf Conservirung?

---

*) Durch eine solche gar nicht seltene Gleichheit der in der Peripherie liegenden Satzungen hat sich, wenn ich recht sehe, Binding über die tiefen Gegensätze im Centrum täuschen lassen.

Digitized by Google

Ihr charakteristisches Wesen liegt darin, daß sie durch dieselben Anschauungen gezeugt und genährt, welchen die Allg. Gütergemeinschaft ihren Ursprung verdankt, doch versuchen, die Mißstände und Härten zu beseitigen, welche in der Consequenz der Allg. Gütergemeinschaft liegen, dieß aber nur um den Preis des Hauptvorzugs der letztern, um den Preis der Einfachheit und Naturwüchsigkeit der Construktion, vermögen. Indem sie das Einbringen beider Gatten in größerem oder geringerem Umfang aus der Gemeinschaft heraushalten und dadurch allerdings dem so höchst bedenklichen Mißstande vorbeugen, daß durch Eingehung der Ehe ipso jure die Zuständigkeit des beiderseitigen Vermögens alterirt wird, so compliciren sie eben dadurch das Rechtsverhältniß aufs Höchste, indem sie an die Stelle einer Masse deren drei setzen, welche verschiedenen juristischen Schicksalen unterliegen, unter einander in mannigfachen Rechtsbeziehungen stehen, und da sie sich nicht nach Maßgabe des dermaligen sondern nur des ursprünglichen Standes (nicht ex nunc sondern ex tunc) wieder scheiden, zu den verwickeltsten Recherchen nöthigen. Deshalb identificirt sich dieser Typus aber entfernt nicht mit dem System der bloßen Verwaltungsgemeinschaft. Denn die diese beherrschenden Gedanken sind es keineswegs, welche die Verhältnisse auch nur der aus der Gemeinschaft herausgehaltenen Güter reguliren. Nicht das Interesse des Mannes, als des eigentlichen Trägers und Hauptes der Familie, sondern das Interesse des Mannes und der Frau, und zwar als ein formell, so zu sagen, ziffermäßig gleichberechtigtes ist hier der maßgebende Gesichtspunkt. Ist daher nur die endliche Ausgleichung des beiderseitigen Interesses gewahrt, so verträgt sich mit diesem System schon mancherlei Gestaltung des Verhältnisses während der Ehe, selbst die, daß während derselben eine Gemeinschaft überhaupt auf keinem Punkte eintritt, vielmehr nur am Ende durch Zahlung des Werth-Saldo die Rechnung herüber und hinüber ausgeglichen wird, — die Gemeinschaft des Zugewinnstes, wie sie am Schärfsten wohl in Kurhessen (Roth und von Meibom Kurhessisches Privatrecht §. 107 zu N 17 ff. §. 114 p. 426 ff.) ausgebildet worden ist, wie sie jedoch auch in Bayerschen Statuten (cf. Roth Bayersches Privatrecht §. 58 p. 346 ff.) und anderwärts besteht (cf. Runde §. 83). Indessen ist das doch Singularität. Als das Normale erscheint es, wenn das Verhältniß während der Ehe selbst bezüglich der Sondergüter möglichst nach den Grundsätzen der Allg. Gütergemeinschaft regulirt ist, sei es nun nach den Principien der gesammten Hand,*)

* So in den Württembergschen Rechten (cf. Wächter Württembergisches Privatrecht p. 246, 267, 46 f.), in Frankfurt a. M. (cf. Euler Mittheilungen p. 33) und wohl selbst in der Particular-Gütergemeinschaft des Allg. Land-Rechts (II. 1. 411).

Digitized by Google

sei es, was seltner, auf Grund der völligen Dispositionsfreiheit des Mannes entweder überhaupt*) oder doch im Schuldenwesen, insofern man den Mann für berechtigt erklärt, durch einseitige Acte nicht blos das gemeinsame, sondern auch das Sondergut der Frau für Eheschulden, die man in sehr verschiedener Weise definirt, haftbar zu machen,**) oder aber diese Haftung auf das gemeinschaftliche Gut beschränkt.***) Wie das aber auch immerhin bestimmt sein möge, darin begegnen sich alle Gestaltungen dieses Systems, daß bei Auflösung der Ehe die Sondergüter (die biens personnels) von letzterer unberührt dem bisherigen Eigenthümer verbleiben, dagegen das wirthschaftliche Resultat des ganzen Ehelebens, wenn es ein positives ist, jedem Gatten zur Hälfte als Eigenthum zufällt, oder, wenn ein negatives, als Einbuße abgeht. Nicht der Mann allein, sondern Mann und Frau zusammen als Genossenschaft, erscheinen also auch bei diesem Typus der Gütergemeinschaft als die Träger der wirthschaftlichen Existenz der Familie, und namentlich ist die Frau dem Mann darin gleichgestellt, daß sie nicht blos im Großen und Ganzen durch seine Vermittelung, sondern direct und formell an dem sich entwickelnden Plus oder Minus des Vermögensstandes als eines gemeinschaftlichen participirt und diese ihre Situation, wenn sie zuerst verstirbt, auf ihre Erben transmittirt. Das ist und bleibt dem im Gebiet der Verwaltungsgemeinschaft Aufgewachsenen fremd und antipathisch zumal da, wo der Contrast scharf heraustritt, wie bei der kinderlosen Ehe. Bekanntlich hat Gerber schon vor geraumer Zeit diesem Widerwillen den schärfsten Ausdruck gegeben (Jahrbuch für Dogmen I p. 249 ff.) und schwerlich wird das was neulich Binding (Archiv N. F. 56 p. 72 ff.) darüber gesagt hat, die erhobenen Bedenken völlig beseitigen können. Indessen treffen dieselben zumeist nur die Ausführung, während die Grundgedanken, wie auch Gerber selbst anerkennt, ihre gute Berechtigung haben. Der Beweis für diese Berechtigung liegt aber darin, daß ein großer, etwa der dritte Theil unserer Gesammtbevölkerung, mit einem zweiten Drittheil, seit Jahrhunderten den Ideen der

*) So in Schleswig im Rechtsgebiet des Jütisch Low cf. Falk Handbuch II, p. 448 §. 74.

**) Z. B. in Bayerschen Rechten (cf. Roth l. c. p. 360 Nr. 3, 362 sub. a. b. c.) im Württemberg'schen Landrechte (cf. Wächter l. c. p. 277 Nr. 40, p. 427, p. 429 Nr. 5) beschränkter auch im Kurhessischen Recht (cf. Roth und von Meibom p. 414, 417, 418) in dem Fehmarnschen und Nordstromder Landrecht (cf. Falk p. 441 f. 443 cf. aber 452 ff.).

***) So in Frankfurt a. M. (doch bestritten, cf. Euler p. 34) im Allg. Preußischen Landrecht II. 1. 406 (cf. dazu Koch Comment ed. 4. Nr. 48) und namentlich im Code (§. 140 flg.), dem hierin wie sonst der Ehrenbreitensteiner Entwurf folgt (Kritik bei Euler p. 46).

Digitized by Google

Gütergemeinschaft zugewandt, nicht aber wie dieses im Stande ist, sie als allgemeine Gütergemeinschaft mit den mißlichen Consequenzen des allseitig durchgeführten Princips zu tragen, daß es aber doch lieber eine nur beschränkte Durchführung jener Ideen und selbst eine künstliche, ja complicirte Construction des Rechtsverhältnisses auf deren Grundlagen hinnimmt und durch das Leben auszugleichen vermag, als daß es die Grundanschauung selbst aufgeben möchte.

Aus dem über die Idee und Bedeutung der Gütergemeinschaft Gesagten ergiebt sich auch weiter, welcher Typus derselben Conservirung verdient? Es kann nur der sein, welcher am meisten der eingebornen Idee des Instituts entspricht, ihr zugleich aber eine den dermaligen factischen Verhältnissen und den wahren Bedürfnissen der heutigen Verkehrsverhältnisse entsprechende Ausführung ergiebt.

Da, wo reine Errungenschaftsgemeinschaft besteht, wie Frankfurt a. M., scheint man allerdings deren Festhaltung zu wünschen (cf. Euler Mittheilungen p. 51 ff. „Binding" l. c. p. 111). Man scheut die Mobiliargemeinschaft, wie sie namentlich der Code zur Basis nimmt. Der Einwand gegen dieselbe ist triftig genug. Das sociale und wirthschaftliche Werthverhältniß zwischen Mobiliar- und Immobiliarbesitz hat sich ja seit der Zeit, aus der jenes System stammt, wenigstens in vielen Schichten der Bevölkerung geändert, namentlich im Handels-, Gewerbe-, Beamten- und Arbeiterstand, in den Classen der Gelehrten, Künstler und Rentiers. Bei ihnen bildet mindestens in gleichem Maaße der Mobiliar-, Geld- und Kapitalbesitz den Grundstock des Vermögens, die Basis, auf welcher Existenz und Wohlstand der Familie beruht. Diese aber, ungeachtet der als Ideal vorschwebenden Gütergemeinschaft, nicht durch die Ehe eo ipso in eine fremde Hand gelangen zu lassen, war das Motiv des Strebens, die Immobilien aus jener heraus zu halten, die Mobilien dagegen als nicht eigentlich den Grundstock des Familienbesitzes repräsentirend, in die Gemeinschaft fallen zu lassen. Man kann diesen zunächst die Mobiliargemeinschaft beherrschenden Gedanken festhalten, und sich doch dem System der reinen Errungenschaftsgemeinschaft nähern, ja ihm beliebig nahe kommen, indem man versucht, in die Kategorie der Immobilien auch die Complexe derjenigen Mobilien zu stellen, welche heutzutage dieselbe Bedeutung haben. Allen läßt sich dieselbe keineswegs beilegen. Auch heutzutage sind nämlich sehr bedeutende Mobilienstücke ihrer Natur und Bestimmung nach so vergänglicher Natur, daß sie eine irgend langjährige Ehe nicht überdauern, daß sie vielmehr ganz eigentlich zum Aufbrauchen bestimmt sind — Consumtibilien, Kleider, Wäsche, Geräthe, Möbeln u. s. w. Das reine Errungenschaftssystem schlägt auch sie zum Sondergut des Inserenten. Aber auf sie passen die für die Auflösung

Digitized by Google

des vereinten Guts auf Surrogate, Ersatz für Verlust oder Werthminderung, Diligenz u. s. w. bei der Verwaltung geltenden Grundsätze in keiner Weise. Alle diese Gegenstände liegen nach etwas längerer Ehe im Gemenge mit dem während derselben angeschafften und meist in die Gemeinschaft fallenden, und darum bleibt die Scheidung derselben ex tunc immer eine höchst complicirte Operation. Mit richtigem Tacte hat daher der Codex Maximilianeus sein Errungenschaftssystem auf Objecte der gedachten Art, die er „gemischte Hausfahrniß" nennt, und denen er auch noch die Hochzeitsgeschenke beifügt, ausgedehnt. Mich dünkt, wenn es gelänge, die Mobiliargemeinschaft in dem oben bezeichneten Sinne wesentlich einzuengen, auch etwa dem Ueberlebenden noch einen Voraus aus den in die Gemeinschaft fallenden, für seinen persönlichen Gebrauch bestimmten Gegenständen zu gewähren, so würde die Errungenschafts-Gemeinschaft eine im Geist des Instituts liegende, dasselbe wesentlich vereinfachende Fortbildung erfahren, damit aber zugleich der — hier zunächst interessirende — legislatorische Vortheil erreicht sein, daß die beiden Hauptformen der beschränkten Gütergemeinschaft in ein einziges Institut verschmolzen, und damit ein wesentlicher Schritt zur Vereinheitlichung des Rechts gethan werden könnte.*)

Bei der Abgrenzung der aus der Gütergemeinschaft auszusondernden Vermögensstücke wird man als maßgebend nur betrachten können, ob dieselben in der Schätzung des Volks als die eigentlichen Träger, als der Stock und Stamm eines in der Familie forterbenden Vermögens erscheinen, wie ehedem und selbst noch heutzutage der Grundbesitz. Einen festen Maßstab giebt es freilich dafür nicht. Es bleibt ein Spielraum. Je weiter man die Kategorie ausdehnt, desto näher kommt man dem reinen Errungenschaftssystem. Eine Gefahr droht also wohl kaum, wenn man weiter greift, als unbedingt geboten ist. Ich denke, man würde dem Sondergute d. h. demjenigen inferirten Gute, welches bei Auflösung der Ehe entweder in Natur oder seinem Werthe nach dem Inferenten resp. dessen Erben verbleibt, etwa zuzuzählen haben: die Immobilien nebst beweglichem und unbeweglichem Zubehör, Gerechtsame und Sachen, denen überhaupt durch das Recht Immobiliarqualität beigelegt ist, wie z. B. Schiffe, ferner aber auch Geldkapitalien und Kapitalforderungen auf den Namen oder au porteur, die auf den Namen eines Ehegatten eingetragenen oder notorisch geführten Handels- und Industrie-Etablissements, Bibliotheken und Kunstsammlungen, Pretiosen, Kleinodien, Uhren und Schmucksachen, endlich alle Mobilien, welche von beiden Gatten als Eigenthum des einen oder andern

*) Hierauf deutet Schröder, Gutachten p. 31 ff. hin, und auch Euler dürfte sich nach dem in seinen Mittheilungen p. 52 Bemerkten einverstehen.

Digitized by Google

gekennzeichnet sind. Diese Kategorie gelangt aber (anders als die weiter unten skizzirte von wesentlich anderer Tendenz) schlechterdings erst bei Auflösung der Ehe zu Bedeutung, indem durch Abzug des beiderseitigen Sonderguts sich das zu halbirende Gemeingut bildet. Für die Verhältnisse während der Ehe kann und muß im Sinne dieses Systems die obige Unterscheidnng ohne Einfluß bleiben. Nur so wird die Scheidung des vereinigten Guts in drei Massen erträglich und die Verwickelung des Verhältnisses auf den Moment der Auseinandersetzung beschränkt.

Ich denke, aus dem Erörterten ergiebt sich: die drei Hauptgruppen des ehelichen Güterrechts (die beiden Gestaltungen der partikulären Gütergemeinschaft in eine einzige zusammengefaßt) sind nicht blos ihrer äußern Erscheinung nach, sondern in ihrem innersten Wesen so different, daß sie sich zu einem einzigen Organismus nicht vereinigen lassen. Damit ist aber auch die zweite Alternative verneint, unter welcher nach dem oben Bemerkten die Möglichkeit einer Codification des gesammten ehelichen Güterrechts auf einheitlicher Basis statthaft erschien, und als Resultat ergiebt sich nun also, daß die Möglichkeit überhaupt und schlechthin zu verneinen ist.

Damit erledigt sich die Frage, auf welcher Basis die einheitliche Codification vorzunehmen wäre, von selbst. Indessen glaube ich doch, um die Sache abzuschließen, mich mit bloßer Negative auf diesem Punkte nicht begnügen zu dürfen. Es bleibt die Frage: wenn nun mehrfache Grundlagen zu nehmen sind, welche sind denn zu nehmen? Allerdings geben auch hierauf obige Erörterungen schon die Antwort. Es sind die besprochenen drei Hauptsysteme, welche codificatorisch reproducirt werden müssen. Allein sind es nur diese? oder giebt es nicht noch weitere Gegensätze, welche gruppenbildend wirken und den Gesetzgeber nöthigen, jene drei großen Hauptgruppen noch weiter zu scheiden und so die Basis, auf der zu bauen, noch weiter zu vervielfältigen? Differenzen und Contraste sind ja unter den geltenden Güterrechten, außer den drei genannten noch genug vorhanden, auch wenn man selbstverständlich von den offenbar untergeordneten von vornherein absieht. Besteht nun nicht auf irgend einem Punkte noch eine weitere Gegensätzlichkeit von so intensiver Natur, daß sie sich nicht ohne Härte zu höherer Einheit auflösen läßt? Erst die Beantwortung dieser Frage wird das Thema erschöpfen.

Ich fasse zunächst die mannigfaltigen Systeme der Gütergemeinschaft in's Auge.

Eines Gegensatzes innerhalb des Gebiets der partikulären Gütergemeinschaft, wie er hier in Betracht kommen könnte, habe ich bereits vorhin anticipando gedacht und ihn als ausgleichbar nachgewiesen. Noch andere

Digitized by Google

aber könnten Bedenken erregen. Wäre z. B. nicht die Erscheinung zu conserviren, daß, wie ursprünglich im Westfälischen und Friesischen Rechte, so jetzt noch im Gebiete des Lübischen nicht minder aber auch mancher Süddeutscher Rechte eine verschiedene Regulirung, vielleicht eine Combination der Güter- und der bloßen Verwaltungsgemeinschaft eintritt, jenachdem die Ehe beerbt oder unbeerbt ist? oder wäre nicht eine Bildung festzuhalten, wie die zumal in früherer Zeit so häufige Gütergemeinschaft von Todeswegen? Ich sollte es doch kaum glauben. Die letztere Gestaltung halte ich, wenig verbreitet, wie sie dermalen ist*), für eine überwundene Phase ohne feste Wurzel mehr im Volksbewußtsein. Von der erstern Erscheinung läßt sich das freilich kaum sagen. Auch ist der ihr zu Grunde liegende Gedanke nicht blos ein uralter, mit einigen Stammesrechten auf's Engste verwachsen, sondern erscheint selbst heute noch als ein in sich wohl berechtigter: die genossenschaftliche Idee erhält ihre wahre und volle Bedeutung erst in Verbindung mit den Ideen der Familie und des Hauses als eines organischen Ganzen. Hier steht nun aber ein andrer Umstand hindernd im Wege. Wie von jeher, so trotzt auch heute noch jener Gedanke jeder scharfen und doch praktischen Formulirung. Derselbe hat nur Sinn und Berechtigung, wenn und solange Kinder aus der Ehe vorhanden sind. Die Ehe, in der sie vorhanden sein könnten (jährige Ehe), oder vorhanden waren aber nicht mehr sind, als eine beerbte aufzufassen, ist doch gewiß eine ebenso unmotivirte Fiction, als es legislatorisch nahezu unmöglich ist, den gesammten Güterstand an einen dem Wechsel anheimgestellten Zufall, wie der Besitz von Kindern ist, zu knüpfen, mithin, wie es das Obertribunal 1839 präcisirt hat (cf. Wilmowski p. 101 ff.), mit der Eingehung der Ehe eine durch die Geburt eines Kindes „bedingte" eheliche Gütergemeinschaft entstehen zu lassen. Mag diese Rechtsbildung daher auch materiell berechtigt sein: ihre Conservirung scheint mir an ihrer juristischen Unfaßbarkeit zu scheitern, wie sie denn auch in Lübeck selbst zu unbequem gefunden und durch die Legislation von 1862 aufgegeben worden ist (cf. Plitt l. c. p. 9).

Anders dürfte es jedoch einmal mit demjenigen Gegensatz stehen, der sich an die Dispositionsbefugniß des Ehemannes über das Gesammtgut knüpft — sodann mit demjenigen, der durch die Zulassung oder Ablehnung der communio prorogata veranlaßt wird.

---

*) Sie hatte sich im Mittelalter namentlich in der Mark, in Meißen und in Thüringen, unter romanisirenden Einflüsse, neigenthümlich gestaltet (Innelassung der Illaten — Wahlrecht), erhalten und besteht in dieser Gestalt noch fort in der Kur- und Neumark und einigen wenigen Thüring'schen Localrechten (z. B. Rudolstädter Successionsordnung v. 1769). Eine ähnliche Erscheinung in einigen Statutarrechten Pommerns (cf. Wilmowski l. c. p. 97) und Rügens (Bergen und Garz).

Digitized by Google

Durch die ganze Entwicklung der Gütergemeinschaft zieht sich ein einschneidender Gegensatz hindurch, je nachdem die Disposition des Mannes über das vereinigte Gut eine schrankenlose oder eine beschränkte ist. Zwar hinsichtlich der Verfügung über die Mobilien und Schuldenwirkung sind die Rechte, wenn auch nicht alle, so doch in überwiegender Mehrzahl, zur möglichsten Freistellung des Mannes in seiner Action geneigt. Gerade das Umgekehrte läßt sich aber sagen in Betreff der Disposition über die Substanz der Immobilien. Dennoch gewahren wir, daß schon seit dem Mittelalter im Rheinfränkischen Rechtsgebiet, vorwiegend am Oberrhein, ebenso wie östlich in dem weiten Bereiche der Drittheilsrechte, sporadisch aber auch anderwärts, wie in einzelnen Bayerschen Städten (cf. Roth l. c. p. 378), in Bremen und Hamburg mit Stade, in den Stadtrechten von Schleswig-Holstein, soweit nicht Lübische Gütergemeinschaft gilt (Falk l. c. p. 463), sowie in Lippe-Detmold (Verordnung v. 1786 §. 9) dem Manne auch die Verfügung über die Substanz der Immobilien principiell oder wenigstens dem praktischen Resultat nach gänzlich überlassen ist, während in den übrigen Rechtsgebieten die gesammte Hand die Herrschaft hatte. Man wird kaum sagen dürfen, daß das erstere System seit dem Mittelalter zu Gunsten des letzteren an Terrain verloren habe. Das System der Drittheilsrechte ist freilich in Sachsen, Schlesien und Thüringen nahezu verschwunden, es ist aber dem der Verwaltungsgemeinschaft gewichen. Dagegen hat das Rheinfränkische Princip, auf die particuläre Gütergemeinschaft angewendet und beschränkt, in und mit dem Code sich behauptet, und sogar dem Princip der gesammten Hand in Neuvorpommern durch die Praxis (nach zuverlässiger Mittheilung) und in der Provinz Westfalen durch das Gesetz von 1860 ein bedeutendes Terrain abgewonnen, welches man mit dem Entwurf von 1866 für den Bezirk Ehrenbreitstein noch erheblich zu vergrößern im Begriff steht. Und diese Entwicklung hat sogar die Consequenz für sich. Denn warum der Mann über die Immobilien zwar indirect durch Schuldenwirkung, nicht aber direct durch Veräußerung zu disponiren befugt sein soll, ist principiell nicht recht zu erklären. Aber auch praktisch hat sie Berechtigung. Es ist ja wahr: das ganze Hab und Gut auch der Frau wird völlig der Willkür des Mannes preisgegeben. Ist dies denn aber so wesentlich anders nach dem System der gesammten Hand, wie es z. B. das Allg. Preuß. Landrecht oder das Lübische Recht (außer Lübeck) repräsentiren — einmal überhaupt der Schuldenwirkung wegen, sodann wegen der heutzutage so großen Ueberzahl von Ehen, in die keine Immobilien inferirt werden? Wenigstens Förster (Theorie und Praxis III. p. 516) hat gerade diese Rechte zunächst im Auge, wo er dem System den Vorwurf macht, daß es „die Frau mit

Digitized by Google

ihrem Vermögen und die Zukunft der Kinder widerstandlos mit gebundenen Händen dem Manne überliefere und gegen dessen Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens kein Mittel biete bis zum völligen Ruin der Familie." Für die Steigerung dieser ohnehin bestehenden Gefahr gewinnt man aber nicht blos eine sonst unerreichbare Einfachheit der ganzen Güterordnung, sondern man gewährt dem Manne mit der Möglichkeit des Mißbrauchs doch auch die Möglichkeit eines energischen Gebrauchs seiner Stellung. Ich möchte daher glauben, daß auch diese Bildung als eine in ihrer Eigenthümlichkeit berechtigte und darum zu conservirende anzusehen wäre — indessen doch nur für die Allg. Gütergemeinschaft. Denn wenn man sie auch nach dem Vorgang des Code auf die particuläre ausgedehnt bleiben lassen wollte, so wäre man in der Lage, entweder mit diesem die Disposition je nach der Herkunft des Guts verschieden zu ordnen, was auf dem Boden jeder Gütergemeinschaft principiell und praktisch bedenklich bleibt, oder aber den Mann auch über die Sonder-Immobilien der Frau frei schalten und walten zu lassen, was vollends mißlich und in den dermaligen Rechten beinahe ohne Präcedens wäre. (So auch Euler l. c. p. 53, Binding l. c. (p. 112 f). Nur für die Allg. Gütergemeinschaft würde also dieser Typus auf Conservirung zu rechnen haben — selbstverständlich neben dem Princip der gesammten Hand. Denn daß dieses heutzutage doch noch vorherrschende, auch vom Allg. Preuß. Landrecht und als subsidiäres Recht vom Sächsischen Civilgesetzbuch und vom Oldenburger Gesetz adoptirte Princip nicht aufgegeben werden kann, versteht sich von selbst. Ja! es scheint mir, wenn man einerseits dem Princip möglichster Freistellung des Ehemannes sein Recht widerfahren läßt, um so gebotener, auch das der gesammten Hand in vollster Bedeutung und Tragweite zur Geltung kommen zu lassen. Glaubt man einmal für gewisse Acte in der Bewirthschaftung des Vermögens den die Gütergemeinschaft beherrschenden Gedanken der Genossenschaft auch actuell hervortreten lassen zu müssen, um die Frau und Familie vor einseitigen Verfügungen des Mannes sicherzustellen, so führt dieser Gedanke heutzutage weiter als zur bloßen Beschränkung der Disposition über die Substanz der Immobilien, wie denn schon aus älterer Zeit Ansätze zu einer Entwicklung in dieser Richtung vorliegen. Bald läßt man nämlich, abgesehen von Geschäften über Immobilien, die gesammte Hand auch noch bei besonders bedenklichen Geschäften, wie Schenkungen, Bürgschaften, Vergleichen, walten (z. B. im Hohenlohischen, Bamberger, Preußischen Landrecht, cf. Roth l. c. p. 380 f. Förster l. c. p. 524 — in gewisser Weise sogar im Westfälischen Gesetz von 1860 §. 3), bald bei allen Schuldaufnahmen oder überhaupt bei allen Verträgen (wie nach der Nürnberger Reformation), bald bei Einziehung

Digitized by Google

und Kündigung von Kapitalien (Allg. Preuß. Landrecht II. 1. 379), nicht minder bei Dispositionen über besonders werthvolle Theile der Fahrniß (Württembergisches Landrecht cf. Wächter l. c. p. 246, 267) oder bei gerichtlichen Verpfändungen von Mobiliarstücken (Frankfurt a. M. cf. Schröder II. 2 p. 18). Dem Gedanken, der in diesen mannigfachen Versuchen liegt, darf und muß weitere Folge gegeben werden. Man wird also etwa gemeinschaftliches Handeln beider Gatten bei Schenkungen des ganzen Vermögens oder aliquoter Theile desselben, oder mit Vorbehalt des Nießbrauchs für den Schenker oder überhaupt bei unverhältnißmäßig großen Schenkuugen, ferner bei Erbschaftsantretungen oder Ausschlagungen, bei Bürgschaften, Vergleichen, sowie bei Veräußerungen aller Art, welche Gegenstände mit Immobiliarqualität, ganze Erbschaften oder Fideicommmisse, werthvolle Gesammtheiten von Mobilien, (wie kaufmännische oder gewerbliche Etablissements, Bibliotheken und Kunstsammlungen) ferner Kleinodien und Pretiosen betreffen, endlich bei Dispositionen über Forderungen aus Geschäften über Gegenstände der ebenbezeichneten Gattung, ferner über Kapitalforderungen auf den Namen eines Gatten oder seines Rechtsvorgängers oder zu Gunsten eines oder des andern vorschreiben. Nur eine Ausdehnung auf die Schuldenwirkung in dem Sinne, daß bei einer nicht in gesammter Hand übernommenen Verbindlichkeit das Gesammtgut dem Gläubiger nicht hafte, wird unausführbar bleiben, wie denn auch in dieser Haftung vom Mittelalter her bis auf wenige Ausnahmen die verschiedensten Güterordnungen ziemlich einverstanden gewesen sind. Jene Haftung liegt eben in der unausweichlichen Consequenz des Princips, ist, — wie die Lippische Verordnung von 1786 (§. 12) klagt — „eine oft traurige, aber nothwendige Wirkung der Allg. Gütergemeinschaft." Denn was soll sonst haften? Sondergut wie bei der particulären Gütergemeinschaft giebt es nicht. Die Haftung des ideellen Halbtheils kommt bei der Untheilbarkeit des Guts während der Ehe auf dasselbe Resultat hinaus wie die Haftung des Ganzen — mit dem einen Unterschied, daß bei der endlichen Realtheilung die Schuld dem einseitig contrahirenden Gatten allein zur Last fällt. Dem andern Gatten, nicht dem Gläubiger gegenüber hat freilich auch bei der Allg. Gütergemeinschaft die Unterscheidung zwischen Sonder- und Eheschulden ihren berechtigten Sinn und sie für diesen Zweck festzuhalten kann immerhin angemessen sein. Nur dem Gläubiger gegenüber ist die Ausdehnung der gesammten Hand auf die Schuldenwirkung unhaltbar.

Auch in Betreff der Lösung der Gütergemeinschaft zeigen sich sehr mannigfaltige Bildungen. Durch alle geht jedoch ein Gedanke hindurch: der Tod des einen Gatten soll nicht plötzlich das ganze Verhältniß abbrechen; dasselbe geht nicht lediglich in dem ehelichen auf; darum soll es

Digitized by Google

sich nur allmälig mit dem ganzen Haus und mit der Familie lösen, womöglich unter Fernhaltung gerichtlicher Einmischung. Im Gebiete der gesammten Hand beruhte auf solchen Ideen die Verfangenschaft, die (wiewohl vielleicht in anderem Wege) nach Auflösung der Ehe die Functionen übernahm, welche erstere während der Ehe erfüllte, — auf denselben beruhte aber auch das gerade in Reaction gegen die Verfangenschaft und gegen die durch sie bedingte unnatürliche Stellung des Ueberlebenden angenommene Alleinerbrecht des Letzteren, welches gleichfalls die Einheit des ganzen Hauswesens zu erhalten erlaubte und gemildert war durch die Verpflichtung zur Erhaltung und Erziehung, zur Ausstattung, zur elterlichen Beihülfe und zu einem bei zweiter Ehe zu gewährenden Voraus der Kinder. Der Ertheilung eines solchen Erbrechts bedurfte es aber, um zu demselben Ziele zu gelangen, nicht einmal, wo dem Manne schon während der Ehe völlig freie Disposition gegeben war, — wofern man nicht, wie in den Oberrheinischen Städten, an der alten Verfangenschaft festhielt.

Anschauungen der eben geschilderten Tendenz haben später ihren juristischenAusdruck in der Communio prorogata gefunden und diese hat sich damit wohl als im Geiste des Instituts liegend legitimirt. Wenn wir ihr indessen weiter nachgehen, so wird ihre Conservirung als allgemeines Institut doch bedenklich. Der Form der Verfangenschaft ist sie längst entwachsen; sie ist jetzt der Art gestaltet, daß auf sie die Regeln von der Allg. Gütergemeinschaft mit der Maßgabe angewendet werden, daß der Ueberlebende jederzeit die Stellung des Ehemannes, die Kinder jederzeit die der Ehefrau einnehmen. Dies ist aber schwer ausführbar, wo mit der gesammten Hand wirklich Ernst gemacht wird. Denn ein gemeinsames Handeln mit vielen, vielleicht unmündigen Personen ist zu schwerfällig, um als Regel anerkannt werden zu können. Wenn daher auch z. B. das Lübische Recht in Pommern (cf. v. Wilmowski §. 73 p. 186 — anders jedoch, wenn der Mann überlebt, nach der Praxis in Neuvorpommern) und manche Fränkische Rechte (z. B. Erbach, Bamberg Turnau, cf. Roth §. 64 Nr. 1 p. 391) diese Consequenz nicht gescheut haben, so haben doch andere unter Milderung der ursprünglichen Idee sich mit der äußern Gütereinheit nach Auflösung der Ehe, d. h. mit Beisitz und Nießbrauch begnügt (cf. Roth §. 63 p. 387 f.), noch andere an dem (belasteten) Alleinerbrecht des Ueberlebenden festgehalten. Letzterer Ausweg geht gewiß über das Ziel hinaus, zeigt aber, welchen Opfers man die Aufrechthaltung der Gutseinheit nach Auflösung der Ehe für werth hielt. Um so mehr wird man daher die Communio prorogata zu erhalten haben, wo sie sich dem Systeme leicht und bequem anschließt, — d. h. dort, wo der Mann während der Ehe völlige Freiheit der Dispos-

Digitized by Google

tion hat, diese also auch auf den Ueberlebenden übergeht. Die Rücksicht auf das Interesse des Hauses als Ganzes überwiget die Besorgniß vor Gefährdung der einzelnen Glieder. Wenn daher auch auf diesem Gebiete die communio porogata nicht allgemein verbreitet ist — sie gilt z. B. in Westfalen, in Neuvorpommern nach der Praxis, in Lippe nach der Verordnung von 1786, theilweise in Bremen, Hamburg mit Stade ꝛc. — so hat sie hier doch wohl ihr historisches Recht und ihre principielle Bedeutung, was auch seine volle Bewährung darin findet, daß, während das auf der gesammten Hand basirende Allg. Preußische Landrecht die communio prorogata ausschließt, das die Dispositionsfreiheit des Mannes anerkennende Westfälische Provinzialgesetz von 1860 erstere festgehalten und unter angemessenen Milderungen principiell fixirt hat. Als Correlat dieses Typus der Allg. Gütergemeinschaft verdient das Institut daher Conservirung, während sich der überlebende Gatte nach dem auf der gesammten Hand beruhenden Typus bei beerbter Ehe mit dem Beisitz, bei unbeerbter etwa mit dem Recht, den Naturerbtheil der Miterben durch Wertherſatz abzulösen, zu begnügen hat. Auf den Ausweg des Beisitzes ist auch das System der particulären Gütergemeinschaft zu verweisen, mit deren Prinzip der Gedanke der fortgesetzten Gütergemeinschaft entschieden in Widerspruch steht (cf. Eulers Mittheilungen p. 47 gegen die in dem Ehrenbreitsteiner Entwurf §. 50 vorgeschlagene Combination), wie denn auch in der That eine Verbindung beider dermalen wohl kaum vorkommt (cf. Runde §. 114 l. c. Roth, Bayerisches Civilrecht p. 364 f. Roth und von Meibom §. 113 p. 422 — 424).

Damit ist aber auch im Bereich der Gütergemeinschaft die Zahl der Rechtsbildungen erschöpft, deren Eigenthümlichkeiten dem Gesetzgeber gegenüber Anspruch auf Fortbestand haben. Die noch sonst vorkommenden zahllosen Gestaltungen beruhen auf Abwandelungen jener Grundtypen, und bedarf es kaum noch des Nachweises, daß in dem Chaos von Sätzen, die der Ausfluß dieser Erscheinungen sind, im besten Falle locale und momentane Pietät gegen die ererbten Anschauungen, oft genug aber auch Trägheit und Schwerfälligkeit der Rechtsbildung, Zufall und Willkür, Engheit des Gesichtskreises und Unverstand ein launenhaftes Spiel getrieben haben, und daß nicht Conservirung, sondern Ausgleichung der in ihnen zu Tage tretenden Widersprüche die Pflicht des Legislators ist.

Wie schon oben bemerkt, ist das Gebiet der Verwaltungsgemeinschaft vor einer gleichen Zerfahrenheit bewahrt geblieben, wie die Güter gemeinschaft. Kleine Differenzen in der Ausprägung identischer Grundgedanken machen keine Schwierigkeit. Indessen mögen doch zwei Punkte, auf denen die Rechte dieser Gruppe heutzutage divergiren, oder zu diver-

Digitized by Google

giren beginnen, wenigstens noch erwähnt werden, wenn mir auch kaum zweifelhaft scheint, daß diese Divergenzen eine weitere Scheidungen der für die Codification zu wählenden Grundlagen nicht bedingen werden. Wie der Wandel der Werthverhältnisse eine Ausdehnung der gesammten Hand auch auf werthvolle Mobiliarstücke erforderte, (cf. oben p. 315), so bedarf es gewiß auch im Bereich des Systems der Verwaltungsgemeinschaft einer Erweiterung des der einseitigen Disposition des Mannes entzogenen Illaten-Complexes. Es ist kein Grund abzusehen, warum bei Fixirung der Grenzen des letztern die Bestimmungen beider Systeme nicht parallel laufen sollten. Das p. 315 vom Gesammtgut Gesagte gilt also hier von den Illaten der Frau. Schon das Allg. Preußische Landrecht (II. 1. 232 f.) bahnte diese Richtung an,*) ihm folgte die Oldenburger Codification (Art 7), am Weitesten ging aber das Sächsische Civilgesetzbuch (§. 1675), welches die Zustimmung der Frau zu jeder Veräußerung nichtfungibler Illatenstücke erheischt. Ich halte Letzteres nicht mit Siebenhaars Commentar zu jenem Gesetzbuch für entsprechend dem Sinne des Sächsischen Rechts, welches von jeher (cf. Meine Gewere zu r. Vmsch. p. 285, 294 flg.) in der Disposition über die Fahrniß einen Act der laufenden Verwaltung sah. Dies trifft allerdings heutzutage nicht mehr überall zu. Insoweit, aber auch nur insoweit scheint mir eine Beschränkung des Mannes sowohl zulässig als auch geboten. Nur wenn man eine solche eintreten läßt, halte ich es aber auch ferner für erlaubt und mit dem Geiste des Systems vereinbar, sich noch einer andern auf die Umbildung desselben abzielenden Tendenz, welche gleichfalls der neuern Zeit angehört, bis zu einem gewissen Maße hinzugeben: ich meine derjenigen, welche das Verhältniß der Frau zu den Gläubigern des Mannes betrifft. Das Sächsische Civilgesetzbuch steht hiebei noch ganz auf dem alten Standpunkt, und in Oldenburg ist der eine Haftung der Illaten für die einseitig vom Manne gewirkten Schulden proponirende Regierungs-Entwurf hierin von den Ständen mit Hinweis auf das Princip der Verwaltungsgemeinschaft reprobirt worden. (Cf. Motive p. 26 f. und Commissionsbericht zu Art. 11 des Entwurfs p. 922). Auch sonst ist eine Haftung der Frau für die Schulden des Mannes auf diesem Gebiete noch nirgends durchgeführt worden. Wohl aber fehlt es nicht an Anläufen zur Entziehung der der Ehefrau bisher gewährten Dotalprivilegien. Nachdem man früher bestrebt gewesen war, dem Mißlichen derselben durch Einrichtung von Privilegienbüchern und Ingrossationsvorschriften vorzubeugen, sucht man jetzt theils durch Beschränkung der Restitutionsansprüche der Frau den Gläubigern ihres Mannes gegenüber (Oldenburg Art. 13 §. 3), theils wenigstens

*) Aehnlich auch im Entwurf von Runde Art. 5 und Bölderndorf Art. 28. 29.

Digitized by Google

durch Beseitigung jeglichen Vorzugsrechts für die Illatenforderung zu helfen. Diesen Weg hat zuerst und gemäßigt die Preußische Concursordnung von 1855 (ihr folgt der Völderndorff'sche Entwurf Art. 42) eingeschlagen, indem sie in Concursen der Handelsleute, Fabrikbesitzer und Schiffsrheder das privilegium exigendi aufgehoben und es überall sonst an die letzte Stelle verwiesen, auch nur subsidiär, soweit nicht Vindication oder Hypothek reichen, zugelassen hat. Der Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung von 1873 hat es aber schlechthin aufgehoben (§. 60 — 63, 42, 43 cf. Motive p. 225 — 232, 335 — 340), Diese Bestimmung würde das Princip der unbedingten Restitutionspflicht allerdings unberührt lassen und nur deren Geltendmachung gegen Dritte beschränken. Hiefür sprechen auch vom Standpunkt des öffentlichen Credits aus sehr triftige Gründe, und man kann darin sogar eine Wieder-Annäherung an die ältern noch nicht romanisirten Grundsätze des Sächsischen Rechts erblicken, in welchem man vergebens nach Analogien der Dotalprivilegien sucht. Allein dieses ältere Recht basirte bezüglich der Restitutionsfrage überhaupt auf einem andern Princip (cf. Meine Gewere z. r. Vmsch. §. 32 und 33), und das Werthverhältniß der Dinge ist heutzutage ein so völlig anderes geworden, daß eine Zurückführung auf die älteren Grundsätze an und für sich mißlich bleibt. Trotz Pfandrechtstitel, Einhandsgut und Provocatio ad illata würde ich daher die vorgeschlagene Neuerung mit dem dermaligen System nur in der Voraussetzung für vereinbar erachten, daß die Nothwendigkeit des Consenses der Frau zu Dispositionen des Mannes auch auf solche Mobiliarstücke erstreckt würde, die neben dem Grundbesitz heutzutage als die eigentlichen Werthträger in unserem socialen Leben zu gelten haben. Ohne dieses Correlat würde das ganze System bedenklich erschüttert werden, da dasselbe, wie es doch einmal geworden ist, auf der Basis beruht, daß wie Kindergut (wo es jener Entwurf auch nach wie vor anerkennt) so auch Frauengut weder wächst noch schwindet.

Sei dem aber auch, wie ihm wolle, all' diese Divergenzen hindern keinenfalls, das System der Verwaltungsgemeinschaft einheitlich auf derselben Basis zu errichten.

Auf vierfacher Grundlage ist also das Deutsche eheliche Güterrecht zu codificiren. Um ein Bild zu geben, wie sich demgemäß die Sache gestalten würde, und zugleich die Gegensätze der vier Typen recht ins Licht zu stellen, skizzire ich deren wesentlichen Inhalt, ohne juristische Formulirung:

I. Verwaltungsgemeinschaft.

1) Der Mann vereinigt das Vermögen der Frau auf die Dauer der

Digitized by Google

Ehe mit dem seinigen in seiner Hand behufs einheitlicher Wirthschaft, indem er im Interesse dieser letzteren die Frau kraft seines Rechts und kraft seiner Pflicht als Haupt des Hauses in der Ausübung aller ihrer Vermögensrechte vertritt. Soweit diese seine Befugniß reicht, ist die Frau unfähig, allein zu handeln, dergestalt, daß ihre einseitigen Acte absolut, d. h. nicht blos für den Mann, sondern auch für die Frau und deren Erben nichtig sind und bleiben.*)

2) Das Vertretungsrecht des Mannes beruht nicht auf einem besondern Willensact der Frau (Illation), sondern auf dem Gesetz, aber dieses behält ihr gewisse, dem persönlichen Gebrauch dienende Stücke vor, und auch die Frau selbst, sowie deren Schenkgeber oder Erblasser können unter besonderen Voraussetzungen das Recht des Mannes durch einen Willensact ausschließen (Receptiengut).

3) Da dem Manne nur die Ausübung der Vermögensrechte der Frau auf die Dauer der Ehe zukommt, nicht die Vermögensrechte selbst, so hat die Frau resp. deren Erben nach Beendigung der Ehe dem Manne resp. seinen Erben gegenüber den Anspruch auf Rückgabe der ganzen inferirten Vermögenssubstanz, soweit sie nicht durch Zufall untergegangen ist, in Natur oder im Surrogat oder dem Werthe nach. Die Rechte der Frau sind mindestens durch Vindication (auch der Surrogate) und Pfandrechtstitel, indirect durch Zulassung einer Provocatio ad illata, zu sichern.

4) Der Mann vertritt zwar die Frau im Betreff ihres Vermögens, m Besitz, Genuß, Verwaltung, Disposition und in der Geltendmachung gegen Dritte nach freiem Ermessen, aber mit der Beschränkung, daß ihr die den eigentlichen Grundstamm und Stock ihres Vermögens bildenden Objecte in Natur verbleiben müssen. Deshalb sind

a) der Frau gegenüber nichtig und die Objecte von ihr schon während der Ehe ohne Beitritt des Mannes vindizirbar, alle von diesem einseitig vorgenommenen Veräußerungen der p. 315. bemerkten Illatenstücke, und überhaupt alle dort aufgezählten Geschäfte, auch wenn sie andere Illaten betreffen,

b) die sämmtlichen Illaten der Frau nicht haftbar für die einseitig vom Manne gewirkten Schulden,

und nur so weit die einseitige Dispositionsbefugniß des Mannes reicht, ist er auch zur alleinigen Vertretung der Frau Dritten gegenüber befugt und verpflichtet.

5) Der Frau stehen an des Mannes Vermögen keinerlei Rechte zu, soweit ihr das Gesetz nicht ausnahmsweise die Stellung des Mannes ein-

*) Das ist der Sinn der ehelichen Vormundschaft (cf. Meine Gewere z. r. Vmsch. §. 9). Ich glaube das Gesetz wird wohlthun, den Ausdruck ebenso festzuhalten wie den Begriff.

Digitized by Google

räumt (dauernde Behinderung des Mannes, Schlüsselgewalt). Wohl aber hat sie dem Manne gegenüber den Anspruch, daß er sie theilnehmen läßt am Besitz, Gebrauch und Genuß des geeinigten Guts, sowie an dessen Verwaltung in ihrem Kreise (Haushalt).

6) Die Illaten der Frau sind haftbar nur für die von ihr mit Genehmigung des Mannes während der Ehe gewirkten Schulden, nicht minder für ihre vorehelichen und alle ihre Delictsschulde.

7) Was die Frau durch ihre Arbeit und Thätigkeit erwirbt, wird Eigenthum des Mannes — es sei denn, daß sie mit dessen Genehmigung einen selbständigen Erwerbszweig betreibt.

8) Mit Auflösung der Ehe trennt sich das beiderseitige Vermögen in der Weise, daß die Ehefrau resp. deren Erben vom Ehemanne resp. seinen Erben ihr eingebrachtes Vermögen zurückerhalten (Nr. 3). Der Ueberlebende erbt eine Quote resp. das Ganze des Nachlasses des Verstorbenen, und zwar einen um so reichlicheren, Erbtheil, je fernere Verwandte des Verstorbenen mit ihm concurriren. Sind Kinder vorhanden, so tritt Beisitz unter Abtheilung auf dem Papier ein.

9) Letztwillig verfügt jeder Gatte frei über das seinen Nachlaß bildende Vermögen, vorbehaltlich der Unantastbarkeit eines Pflichttheils des Ueberlebenden.

II. Allgemeine Gütergemeinschaft auf Grundlage der gesammten Hand.

A. Während der Ehe.

1. Mit Abschließung der Ehe wird das gesammte beiderseitige Vermögen zu einer im gemeinsamen Eigenthum beider Gatten stehenden Masse vereinigt. Ausgenommen sind nur diejenigen Vermögensstücke, welche

a) nach dem Gesetz nicht in die Masse fallen können,

b) nach einem vor der Ehe geschlossenen, zu publicirenden Vertrag oder durch einen in den gesetzlich zulässigen Fällen während der Ehe geschlossenen, zu publicirenden Vertrag beider Gatten Sondergut werden sollen,

c) nach der zu publicirenden Bestimmung eines Schenkgebers oder Erblassers Sondergut werden sollen.

2) Mit denselben Beschränkungen wird alles während der Ehe von beiden Gatten oder einem derselben erworbene Vermögen gemeinsames Eigenthum beider Gatten.

3) Besitz, Gebrauch und Genuß des vereinigten Guts ist gemeinschaftlich.

4) Die Verwaltung kommt dem Ehemanne — der Ehefrau nur vermöge der Schlüsselgewalt oder in Vertretung des Mannes bei dessen

Digitized by Google

dauernder Behinderung zu. Jeder einseitige Rechtsact der Frau außerhalb dieser Sphäre ist absolut nichtig.

5) Die gerichtliche wie außergerichtliche Vertretung des Guts kommt dem Manne oder gemeinschaftlich beiden Gatten zu, je nachdem das Verfügungsrecht über das betreffende Gut dem Manne oder beiden zukommt.

6) Die Disposition unter Lebenden über das vereinigte Gut steht dem Ehemanne ausschließlich zu, jedoch mit der Beschränkung, daß er die p. 315 bezeichneten Geschäfte und die eine Veräußerung involvirende Disposition über die p. 315. bezeichneten Vermögensstücke des Gesammtguts nur in gesammter Hand mit der Frau vornehmen kann, die Geschäfte aber, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen, nicht blos relativ (für die Frau und ihre Erben), sondern absolut nichtig sind und auch von der Frau schon während der Ehe ohne Beitritt des Mannes im Klagewege annullirt und die veräußerten Objecte wieder zur Masse gezogen werden können.

7) Provocatio ad illata ist der Frau nachgelassen.

8) Das vereinigte Gut haftet

a) für alle während der Ehe durch einen Gatten im Kreise seiner Verwaltung (Nr. 4) gewirkten oder als Last eines Erwerbs auf ihn übergehenden oder kraft gesetzlicher Vorschrift ihn treffenden Schulden,

b) für die vorehelichen Schulden eines Gatten,

c) für die Delictsschulden eines Gatten.

9) Letztwillige Dispositionen über das gesammte Gut stehen beiden Gatten nur in gesammter Hand zu; einseitig kann jeder von beiden nur über den Antheil an dem Gesammtgut, welcher dereinst seinen Nachlaß bildet, und nur vorbehältlich der Pflichttheilsrechte des andern Gatten disponiren.

B. Nach Auflösung der Ehe.

1) Mit dem Tode eines Gatten zerfällt das vereinigte Gut in zwei Hälften, von denen die eine den Nachlaß des Verstorbenen, die andere das Vermögen des Ueberlebenden bildet.

2) Das vereinigte Gut zerfällt in dem Zustande, in welchem es sich im Augenblicke der Trennung der Ehe befindet. Jedoch ist

a) der durch den Bruch der gesammten Hand (A. sub 6) verursachte Schaden der Masse aus dem Antheil des Ehemannes, der durch einen unbefugten Rechtsact der Frau (A. sub 4) verursachte aus dem Antheil dieser zu ersetzen.

b) Der Aufwand, welcher zur Deckung der unter IV. A. sub 9 a. b. e. f. (p. 323 f.) bezeichneten Schulden gemacht worden, ist der Masse aus dem Antheil des Gatten zu ersetzen, von Seiten dessen die Schuld veranlaßt worden ist.

Digitized by Google

3) Communio prorogata findet nicht Statt, wohl aber, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden, Beisitz unter Abtheilung auf dem Papier:. Die Erbrechte des Ueberlebenden sind neben einem gesetzlichen Voraus (im Sinne des Allg. Landrechts) dieselben wie die I. sub 8 genannten — jedoch steht ihm nach kinderloser Ehe die Berechtigung zu, statt Ausantwortung des Naturalerbtheils dessen Werth an die Erben des Verstorbenen unter vorgängiger Sicherstellung zu gewähren, und so im Alleinbesitz des gesammten Guts zu verbleiben.

III. Allgemeine Gütergemeinschaft auf der Grundlage unumschränkter Dispositionsfreiheit des Mannes.

Ich erachte mich hier einer Skizzirung überhoben, da die Grundzüge dieses Typus aus dem Gesetz über die Gütergemeinschaft der Provinz Westfalen vom 16. April 1860 prägnant hervortreten, und dieses Gesetz stets das Prototyp für dieses System abgeben wird. Es ordnet, wie oben bemerkt, auch die Communio prorogata in befriedigender Weise.

IV. Particuläre Gütergemeinschaft.

A. Während der Ehe.

1) Mit Abschluß der Ehe wird das beiden Gatten zustehende Vermögen ohne Aenderung dieser Zuständigkeit behufs gemeinsamer Bewirthschaftung zu einer Masse vereinigt — vorbehaltlich der Fälle des Sonderguts, die den II. A. sub. 1 a. b. c. bezeichneten entsprechen.

2) Vorbehältlich dieser Ausnahmen fällt auch das von einem oder dem andern Gatten während der Ehe erworbene Vermögen ohne Aenderung seiner Zuständigkeit, wenn es eben Errungenschaft, d. h.

a) entweder Rente von dem Vermögen eines oder beider Gatten, —

b) oder Rente von der Arbeit und Thätigkeit eines oder beider Gatten ist, als gemeinschaftliches Eigenthum zu gleichen Theilen in die Masse des vereinigten Guts.

3) 4) 5) 6) 7) sind äqual den gleichen Nummern sub. II A.

8) Für alle während der Ehe von einem Gatten im Kreise seiner Verwaltung (Nr. 4) gewirkten Schulden, desgleichen für alle von einem Gatten mit Zustimmung des andern oder von beiden gemeinschaftlich contrahirten Schulden (Eheschulden) haftet das gesammte vereinigte Gut.

9) Nur die Illaten und die halbe Errungenschaft eines Gatten haften für dessen Sonderschulden. Sonderschulden sind:

a) die vorehelichen Schulden,

b) die Delictsschulden,

Digitized by Google

c. die lediglich dinglich auf den Illaten radicirten Schulden, z. B. Auszugsleistungen,

d) die in der Person eines Dritten entstandenen, mit dem Erwerb eines Illatums übergegangenen Schulden, z. B. ererbte,

e) die kraft gesetzlicher Bestimmung aus dem persönlichen Verhältniß eines Gatten fließenden Schulden (z. B. Alimentationsverpflichtungen),

f. Schulden, welche ihrem dem Gläubiger bei der Contrahirung bekannten oder bekannt gemachten oder nur durch eignes Verschulden unbekannt gebliebenen Zwecke nach im ausschließlichen Interesse des contrahirenden Gatten gewirkt sind (z. B. Zech- und Spielschulden).

10) = II. A. Nr. 9.

B. Nach Auflösung der Ehe.

1) Das vereinigte Gut löst sich, wenn auch nicht realiter, so doch durch Abtheilung auf dem Papier mit dem Tode eines Gatten definitiv auf. Communio prorogata findet nicht Statt.

2) Die Auflösung erfolgt in der Weise, daß, wenn nach Deckung resp. Abrechnung der Eheschulden aus dem vereinigten Gut noch ein Activbestand bleibt, jeder Gatte resp. sein Erbe die inferirten Vermögensstücke, sofern sie in die p. 310 f. skizzirten Kategorien fallen und solchen Falls der Kürze halber als „rückfällige" Illaten bezeichnet werden mögen, entweder in Natur oder dem Werthe nach, nach ihrem Stande zur Zeit der Illation, zurückerhält, der Rest des bisher vereinigten Guts aber zur Hälfte dem Ueberlebenden zusteht, zur Hälfte zum Nachlaß des Verstorbenen gehört.

3) Die Scheidung des vereinigten Guts in zwei Massen hat in folgendem Maße statt;

a) der überlebende Gatte hat das vereinigte Gut nach seinem Activ- und Passivbestand anzugeben und auf Verlangen der Erben des anderen eidlich zu manifestiren. Wer einen Bestandtheil des ersteren als rückfälliges Gut anspricht, hat diese Eigenschaft zu erweisen;

b) soweit rückfälliges Gut noch in Natur vorhanden ist, fällt es nebst seinen noch vorhandenen Accessionen in die Masse des Inferenten,

c) eben dahin fällt das Surrogat für dergleichen Gut,

d) ist ein Theil oder Stück des letztern weder in Natur noch im Surrogat mehr vorhanden, so ist für dasselbe aus dem vereinigten Gut der Masse des Inferenten Wertherſatz zu leisten, es sei denn, daß es mit seiner vorbehaltlosen Genehmigung oder durch sein Verschulden oder durch Zufall nicht mehr vorhanden ist,

e) die während der Ehe oder anläßlich ihrer Auflösung aus dem rückfälligen Gut des einen Gatten in das des anderen oder in das ge-

Digitized by Google

meinschaftliche Gut gemachten Aufwendungen, insonderheit die zur Deckung der Eheschulden gemachten, sind der Masse des erstern zu vergüten, wogegen die auf dasselbe aus dem rückfälligen Gut des andern Gatten oder aus dem gemeinschaftlichen Vermögen gemachten Aufwendungen aufgerechnet werden,

f) der nach Ausscheidung der beiderseitigen rückfälligen Güter und deren Ergänzung aus dem vereinigten Gut von diesem letztern verbleibende Rest fällt je zur Hälfte in die eine und die andere Masse.

4) Reicht das gemeinschaftliche Gut ohne Heranziehung der rückfälligen Güter nicht aus, oder sind diese bereits ohne zureichende Deckung aus der Gemeinschaft veräußert oder sonst abhanden gekommen, liegt also Verrungenschaft vor, so haben beide Gatten resp. deren Erben diese zu gleichen Theilen zu übernehmen, und wenn die Deckung ungleichmäßig erfolgt ist, dieselbe unter einander auszugleichen. Die übrigbleibenden rückfälligen Güter stellen das Vermögen des Ueberlebenden resp. den Nachlaß des Verstorbenen dar.

5) Die Erbrechte des Ueberlebenden sind neben einem gesetzlichen Voraus dieselben wie die I sub 8 genannt. Bei beerbter Ehe findet Beisitz Statt.

Dieß ist etwa der in vierfacher Parallele liegende Rechtsstoff, welchen seine Codification juristisch zu formuliren haben würde, um das im gesammten Deutschland noch lebendige und lebensfähige Recht zum gesetzlichen Ausdruck zu bringen. Daß dazu, d. h. also zur Hauptsache, nur die Factoren der Reichsgesetzgebung befähigt und befugt erachtet werden können, ist oben gezeigt. Damit ist aber auch dem Erforderniß der Einheitlichkeit der Legislation und dem Rechte der diese Einheitlichkeit zu vertreten berufenen Reichsgewalt Genüge geschehen. Bei der weitern Realisirung des Gedankens tritt, wie mir scheint, der Individualismus in sein Recht.

Wie soll man den verschiedenen Theilen und Kreisen des Volkes den Zugang gerade zu derjenigen Güterordnung eröffnen, welche seinen Rechtsanschauungen, Gewohnheiten und Bedürfnissen am Meisten entspricht? Man könnte ja auch hier wieder daran denken, die Entscheidung der Reichsregierung zu überlassen. Schröder hält es für zulässig, ohne sich gerade dafür auszusprechen. (Gutachten p. 40). Mich dünckt aber, die andere Alternative sei die einzig statthafte. Hat das Deutsche Rechtsbewußtsein in dieser Sphäre wirklich je nach den verschiedenen Staaten, Stämmen und Landschaften so verschiedene Ordnungen erzeugt, daß sie sich auf ein einheitliches System nicht reduciren lassen, so kann eine Aussage darüber, welche von diesen Ordnungen gerade hier oder gerade dort den Rechtsanschauungen des Volks, seinen Sitten und Bedürfnissen entspricht, eben nur

Digitized by Google

innerhalb der Kreise und aus der Mitte der Kreise heraus erstattet werden, um deren Rechtsleben es sich handelt. Bei einer Entscheidung im Reichstage würde aber etwa der Schwabe diese Frage auch für Ostpreußen, der Oldenburger auch für Bayern mit zu entscheiden haben. Dazu ist er nicht geschickt, wenn er, wie er doch soll, unmittelbar aus dem Leben und aus dem Volke heraus Zeugniß ablegen und nicht blos ein Gutachten über die in abstracto vorzüglichste Gestaltung geben will. In der That sind es doch auch die Nächstbetheiligten, welchen innerhalb derjenigen Schranken, die von Reichswegen zur Verhütung willkürlicher Zersplitterung im Voraus gezogen sind, die Entscheidung von Rechtswegen gebührt. Das eheliche Güterrecht ist bei uns von jeher überwiegend dispositiver Natur gewesen, und wird und muß es immer bleiben. Dieses dispositive Element, auf größere, organisch gegliederte Kreise übertragen, erweitert sich zur Autonomie, und wenn eine lebenskräftige Reichsgesetzgebung solche auch niemals wieder so wild wuchern lassen kann, wie im Mittelalter, so wird sie ihr doch da, wo sie hingehört, den Platz nicht verkümmern.

Wenn sonach die Entscheidung den Factoren der Reichsgesetzgebung nicht anheimgegeben werden kann, so fragt es sich, welchen andern? Man könnte nämlich zweifeln, ob die Landesgesetzgebungen dazu geschickt seien? Die politischen Grenzen sind auch heutzutage bei Weitem nicht die Grenzen der Güterrechtsgebiete. Beide kreuzen sich vielfältig. Indessen dieser Umstand könnte die Factoren der Territorial-Legislation für jene Entscheidung doch nur insoweit unbefähigt erscheinen lassen, als innerhalb desselben Territoriums verschiedene Rechtsgebiete liegen, deren abgegrenzte Aufrechterhaltung überhaupt in Frage kommen kann. Dies wird, abgesehen von Bayern, voraussichtlich nur in Preußen der Fall sein. Dort wird man aber auch unbedenklich, wie bisher geschehen, die berathende Mitwirkung der Provinzialstände heranziehen. Die übrigen Staaten werden ziemlich homogene Rechtsgebiete abgeben. Uebel ist nur Bayern daran. Hier liegen, abgesehen von der Rheinpfalz, die Rechtsgebiete der Allgemeinen und der Particulären Gütergemeinschaft so durcheinander, daß sich hier eine provinzielle Scheidung, etwa nach den Sprengeln der (künftigen) Oberlandesgerichte schwer durchführen lassen würde. Ob dies dennoch geschehen kann, oder ob man, wenn man einmal auch in engern Bezirken das minder verbreitete oder mehr isolirte System durch ein vorwaltendes absorbiren lassen muß, nicht vorzieht, alsbald für das ganze Land ein und dasselbe anzunehmen, darüber darf und muß gewiß der Landesgesetzgebung die Entscheidung vorbehalten werden.

Weiter als bis zu den Einzelstaaten, groß oder klein, wie sie sein mögen, bis zu den Provinzen (im Preußischen Sinne) und äußersten Falls

Digitized by Google

als Nothbehelf für Bayern bis zu den Oberlandesgerichts-Bezirken (im Sinne der künftigen Gerichts-Organisation) wird aber mit Rücksicht auf das moderne Verkehrsleben die Individualisirung gewiß nicht herabgehen dürfen. Wenn das Reichsgesetz aber diese Schranke zieht, so wird auch keine Besorgniß obzuwalten brauchen, daß die Grenzen der zu schaffenden vier Rechtsgebiete unkenntlich oder allzu verschlungen werden würden. Wäre Bayern in der Lage, seine Rechte auf ein einziges System zurückzuführen, was nur auf der Basis der Particulären Gütergemeinschaft geschehen könnte, so würde, vor die Wahl unter den vier Typen gestellt, vermuthlich eine mittlere Zone von Deutschland, wie sie durch die Provinz Schlesien, das Königreich Sachsen, durch Thüringen nördlich des Waldes, Anhalt, die Provinzen Sachsen, Brandenburg und Hannover, durch Waldeck, Oldenburg und vielleicht Holstein gebildet wird, die Verwaltungsgemeinschaft wählen, die davon südlich und westlich gelegenen Deutschen Lande für die beschränkte, die nördlich und östlich gelegenen für die allgemeine Gütergemeinschaft auf der Basis der gesammten Hand optiren, Westfalen aber mit Lippe, vielleicht selbst mit Hamburg und Bremen, Schleswig und Pommern sich für die unbeschränkte Dispositionsbefugniß des Mannes erklären.

Dies möchte ungefähr das Bild der Rechtszustände sein, zu welchen der von mir für die Codification vorgeschlagene Weg führen würde. Auf diesem Wege wird man hoffen dürfen, das Heiligthum des Rechtsgefühls und der Rechtssitte aller Orten im Deutschen Volke unangetastet zu lassen und doch der Einheitlichkeit des Rechts zu geben, was ihr gebührt. Ja, wenn man jene Autonomie nur ernstlich aufrecht erhält, wird es immerhin noch in der Hand des Gesetzgebers liegen, wenn er findet, daß auch in dieser Partie der Zug der Entwicklung entschieden und nachhaltig nach der Seite der Einheit hingeht, denselben mächtig zu fördern durch die Art, wie er das Verhältniß der zur Wahl aufgestellten Systeme bestimmt. Er kann alle vier ebenbütig neben einander stellen, er kann aber auch (nach der Weise des Allg. Preuß. Landrechts) das eine oder das andere dergestalt in den Vordergrund schieben, daß es ohne Weiteres maßgebend wird, wenn und soweit die particularrechtliche Autonomie nicht entgegentritt. Damit erhebt er die Einheit zum Princip, setzt das eine System sozusagen in den Besitz der Hegemonie, und stellt es unmittelbar in Wirkung, soweit nicht die Factoren der Territorialgesetzgebungen aus eigener freier Initiative ein Ausnahmerecht schaffen wollen und sich über dessen Auswahl zu einigen vermögen. Daß damit die Unification wesentlich gefördert und der Zug zur Einheit in das gewollte und vorgesehene Geleis geleitet wird, ist durch den Vorgang des Allg. Preuß. Landrechts bewährt, und liegt ebenso in der Natur der Sache wie der formale Gewinn, den daraus die

Digitized by Google

Architektonik des Gesetzes ziehen würde. Nur setzt diese Behandlung der Sache voraus, daß man eine der vier Güterordnungen wenn auch nicht für die objectiv und absolut beste, so doch für diejenige erklären darf, welche im Allgemeinen und abgesehen von ihrem historischen Verhältniß zu bestimmten einzelnen Landes- oder Volkstheilen die vorzügliche ist. Ob man sich darüber, welche dieß sei, in gerechter und unbefangener Weise wird einigen können, steht dahin. Es ist eine Frage von abstracterer Tendenz. Vortreffliches Material zu ihrer Beantwortung, und zwar nach zwei entgegengesetzten Seiten hin, liefern die Arbeiten von Beaulieu-Marconnay, Binding, Euler, — vielleicht blickt aus obigen Ausführungen meine Vorneigung für die Verwaltungsgemeinschaft durch, der ich meines Orts allerdings als dem am Meisten auf Universalität angelegten Systeme jene Hegemonie gönnen würde. Andere jedoch anders! Schwerlich wird sich die Frage nach rein sachlichen, technisch-juristischen Gesichtspunkten entscheiden lassen, noch wird sie nach diesen dermaleinst entschieden werden.

Indem ich dieselbe daher offenhalte, fasse ich schließlich mein ganzes Gutachten dahin zusammen:

1) Die Codification des Deutschen ehelichen Güterrechts ist durch ein „einheitliches Gesetz" und also durch die Reichsgesetzgebung in's Werk zu setzen, nicht aber der Landesgesetzgebung zu überlassen und vorzubehalten.

2) Die Codification hat nicht auf einheitlicher, sondern auf vierfacher Grundlage zu erfolgen, nämlich

a) auf der der Verwaltungsgemeinschaft,

b) auf der der beschränkten Gütergemeinschaft,

c) auf der der allgemeinen Gütergemeinschaft mit gesammter Hand,

d) auf der der allgemeinen Gütergemeinschaft mit unbeschränkter Disposition des Ehemannes und communie prorogata.

3) Die Auswahl unter diesen vier Systemen ist den für Landes- resp. Provinzialrecht competenten Gesetzgebungs-Gewalten zu überlassen.

Digitized by Google

XVI.

Gutachten des Herrn Obertribunalraths Köstlin in Stuttgart

über die Gesetzgebungsfrage:

Soll im Falle der Freisprechung (oder der Nichterhebung der Anklage) für die Untersuchungshaft eine Entschädigung gewährt werden?

Die wiederholt zur Begutachtung gestellte Frage ist bei der ständischen Berathung der Württemberg'schen Strafprozeßordnung vom 17. April 1868 in mehrfachen Beziehungen zur Erörterung gekommen, und es dürfte das Ergebniß für den deutschen Juristentag nicht ohne Interesse sein.

I.

Art. 256 des Württembergischen Gesetzes bestimmt, daß die Kosten der Voruntersuchung und der etwa verhängten Haft des Beschuldigten im Falle der Einstellung, soweit sie durch schuldhafte Handlungen des Verdächtigen oder eines Dritten veranlaßt wurden, dem Schuldigen aufzuerlegen sind, während dieselben, soweit eine Verurtheilung nicht erfolgt, der Staatskasse zur Last fallen. — Hiezu hatte der Berichterstatter der Justizgesetzgebungs-Commission der Kammer der Abgeordneten einen Zusatz beantragt, durch welchen ausgesprochen werden sollte, daß im Falle eines

Digitized by Google

Einstellungsbeschlusses auch der Verdächtige, beziehungsweise Beschuldigte, wenn er nicht wegen eigenen Verschuldens zum Kostenersatz oder wenigstens zur Uebernahme seiner Kosten verurtheilt wird, in demselben Maß wie ein Zeuge für seine Zeitversäumniß zu entschädigen sei. Der Berichterstatter bezeichnete dies als eine Forderung der Gerechtigkeit, wie denn sogar verdächtige Mitschuldige, welche vorläufig blos als Zeugen vernommen wurden, Zeugengebühren erhalten.

Die übrigen Commissionsmitglieder erklärten sich jedoch mit dem Vorschlage nicht einverstanden. Sie führten an, daß bis dahin in der Literatur für einen solchen Anspruch des Beschuldigten auf Entschädigung bei Haft nur wenige Stimmen aufgetreten seien, und daß selbst die Grundrechte des deutschen Volks den Anspruch auf den Fall einer widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft beschränken, bei welcher der Schuldige oder nöthigenfalls der Staat dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet sein soll.

So weit ein Verschulden eines Einzelnen, insbesondere des Richters, nicht vorliege, erscheine das Erleiden einer Untersuchungshaft oder die Einnahme der Stellung des Beschuldigten ohne das Ergebniß einer Verurtheilung als ein Casus. Allerdings liege hierin, falls der Beschuldigte die Handlung, deren er beschuldigt wurde, in der That nicht begangen habe, ein bedeutendes durch die Staatsgewalt ihm auferlegtes Opfer; allein factisch habe häufig ein Einstellungsbeschluß zu erfolgen, ohne daß der Beweis völliger Schuldlosigkeit erbracht sei. Eine Entschädigung in solchen Fällen würde dem Beschuldigten zu besonderer Befriedigung gereichen.

Werde aber die Verpflichtung zur Entschädigung auf Fälle des vollen Beweises der Schuldlosigkeit bei Einstellung und Freisprechung beschränkt, so werde eine neue Art von Instanzentbindung geschaffen. Derjenige dagegen, welchem eine Verpflichtung zur Entschädigung nicht zuerkannt werde, erhalte hiermit eine levis notae macula. Auch würde, da ein positiver Ausspruch über Nichtschuld verlangt werde, das Verfahren über den Zweck des Strafverfahrens hinaus ausgedehnt.

Wenn in Zukunft einmal die Auffassung dahin gehe, daß der Staat für jedes Opfer, das er, wenn auch in Anwendung allgemeiner Grundsätze, von dem Einzelnen beansprucht, zu entschädigen habe, so werde allerdings auch in Fällen, wie der vorliegende, ein Entschädigungsanspruch anerkannt werden.

Der Antrag des Berichterstatters hatte hienach keine Folge.

II.

Zu Art. 343 des Entwurfs (Art 339 des Gesetzes), welcher bestimmt,

Digitized by Google

daß die Kosten, soweit nicht eine Verurtheilung in dieselben erfolgt, oder der zu ihrer Bezahlung Verurtheilte sie nicht zu erstatten vermag, der Staatskasse zur Last fallen, gab die Commission der Kammer der Abgeordneten in ihrem Bericht folgende Ausführung:

„Mit der Entbindung von den Kosten des Strafverfahrens und der Haft ist dem Freigesprochenen der materielle Schaden, den er durch die Untersuchung und Haft erlitten hat, nicht ersetzt. Der Schaden am Credit ist ohnehin imponderabel; er wird auch durch die Freisprechung einigermaßen reparirt. — Positive Auslagen und entgangener Gewinn in Folge der Abwesenheit von Haus und Geschäft dagegen können in Geld bemessen werden. Es ist eine Forderung des Rechts und der Billigkeit, daß dieser Schaden ersetzt werde, soweit er nicht auf Zufall, d. h. auf einem von dem Betroffenen verschuldeten falschen Schein der Schuld beruht. Die Schwierigkeit bietet nur die häufig eintretende Unmöglichkeit der Unterscheidung, ob die Freisprechung auf bloßem Mangel am Beweis der Schuld oder positivem Beweis der Nichtschuld beruht. Nur im letzteren Falle liegt ein Verpflichtungsgrund zum Schadenersatz vor. Der wegen Mangels an Beweis Freigesprochene kann aber ebenso schuldlos sein, als der, dessen Unschuld erwiesen ist. Der Nichtersatz bei Jenem würde daher dem Rechtsgefühl im Volk noch weniger genügen, als wenn keiner von Beiden Ersatz erhält. Hienach weiß Referent einen Antrag auf Schadenersatz an den Freigesprochenen nicht zu begründen.

Dagegen ist es ein längst gefühltes Bedürfniß der Gerechtigkeit und ausführbar, dem ohne Grund Verurtheilten, dessen Schuldlosigkeit manchmal erst nach Zerstörung seiner körperlichen und geistigen Integrität, seines Nahrungsstands und Familienglücks an den Tag kommt, den Ersatz zu leisten, der überhaupt möglich ist. Ein Rechtsanspruch hierauf ist bisher nicht anerkannt gewesen, und doch ist gerade die Anerkennung des Rechts als solchen durch den Staat zur Sühne des Unrechts nothwendig, welches durch Mängel seiner gesetzlichen Einrichtungen oder menschliche Schwäche seiner Organe für Rechtsprechung entstanden ist. Erkennt man eine Ersatzpflicht an, so muß die Staatskasse primär, nicht blos aushilfsweise verpflichtet, und kann dem Beschädigten nicht zugemuthet werden, vorher den häufig schwer zu ermittelnden Urheber seines Unglücks anzuklagen."

Demgemäß wurde von der Commission der Zusatz beantragt:

> Einem Verurtheilten, dessen Schuldlosigkeit an den Tag kommt, ist der von ihm nicht verschuldete Schaden durch die Staatskasse zu ersetzen, vorbehaltlich des Rückgriffs an die Schuldigen.

Bei wiederholter Berathung erklärte die Commission, daß sie, auch

Digitized by Google

falls dritte Personen, wie Zeugen, die Schuld tragen, der Billigkeit entsprechend finde, den Verurtheilten für die erlittene Strafe zu entschädigen, weil die Strafe zugleich im Interesse der Gesammtheit verhängt werde.

Unter Zustimmung der Kammer, der Standesherren und der Staatsregierung wurde die beantragte Bestimmung als Abs. 2 des Art. 484 in das Gesetz aufgenommen.

III.

Wie in diesem Fall die principale Verpflichtung der Staatskasse, dem Verurtheilten, dessen Schuldlosigkeit an den Tag kommt, den nicht von ihm verschuldeten Schaden zu ersetzen, ohne jegliche beschränkende Voraussetzung, nur mit Vorbehalt des Rückgriffs an die Schuldigen, anerkannt ist, so legt der Art. 95 der Strafproceßordnung der Staatskasse eine subsidiäre Verbindlichkeit zur Entschädigung auf im Falle einer aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit widerrechtlich verfügten oder verlängerten Untersuchungshaft.

Der Artikel 95 lautet:

> Wenn im Laufe der Voruntersuchung die Gründe wegfallen, aus welchen die Haft verhängt war, und andere diese rechtfertigende Umstände nicht vorhanden sind, so muß die Freilassung des Beschuldigten verfügt werden.
>
> Im Falle einer aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft ist der Schuldige dem Verletzten zur Genugthuung und vollen Entschädigung verpflichtet.
>
> Sollte die zuerkannte Entschädigungssumme uneinbringlich sein, so hat die Staatskasse vorbehaltlich ihres Rückgriffs auf den Schuldigen einzutreten.

Die Aufnahme der Absätze 2 und 3 dieses Artikels erfolgte auf den Antrag der Commission der Kammer der Abgeordneten. Dieselbe war bezüglich des Abs. 2 einstimmig der Ansicht, daß für Aufnahme dieser, schon bestehendes Recht enthaltenden Bestimmung in die Strafproceßordnung Gründe entschiedener Zweckmäßigkeit sprechen. Der Absatz 3 wurde auf Grund eines Majoritätsbeschlusses der Commission angenommen; die Minorität hatte sich dagegen ausgesprochen, da die fragliche Bestimmung staatsrechtlicher Natur sei, die auch sonst vielfach erhebliche Frage der Haftbarkeit des Staats für Handlungen der Staatsdiener in einer den vorliegenden Fall leicht überwiegenden Weise regele und angemessener hier deshalb keine Stelle finde.

Digitized by Google

Seit der Einführung der Strafproceßordnung (1. Februar 1869) sind keine Fälle bekannt, in welchen die vorstehenden gesetzlichen Bestimmungen in Württemberg zur Anwendung gekommen wären.

Dagegen wurden unter ähnlichen Verhältnissen aus Billigkeitsgründen durch Königliche Entschließung Entschädigungen aus der Staatskasse im Gnadenweg bewilligt, so

in den Jahren 1853 und 1857 an einen auf Grund eidlicher Zeugenaussagen vom Schwurgericht wegen Raubs zu zwölfjährigem Zuchthaus Verurtheilten, dessen Schuldlosigkeit sich nach dreijähriger Gefangenschaft herausstellte, Unterstützungen im Betrag von 50 fl. und 100 fl. und

in den Jahren 1867 und 1872 an die Wittwe eines im Jahr 1852 wegen Anstiftung zum Diebstahl mit zweimonatlichem Gefängniß Bestraften, welcher in der Folge durch Wiederaufnahme des Verfahrens nach Wegfall eines erheblichen Zeugnisses seine Freisprechung erwirkt hatte, als Entschädigung für den demselben erwachsenen Schaden Gnadengeschenke von 50 fl. und 200 fl.

Desgleichen wurden seit 1869 Entschädigungen aus der Staatskasse für schuldlos erlittene Untersuchungshaft nach Einstellung des gerichtlichen Verfahrens von dem Königlichen Justizministerium in mehreren Fällen verwilligt, in welchen eine Verfehlung oder Verschuldung, wie sie die Anwendung des Art. 95 Abs. 2 und 3 der Strafproceßordnung voraussetzt, nicht vorlag.

Digitized by Google

Nekrolog

des Oberappellationsgerichtsraths von Salpius.

Botho Ludwig Wilhelm von Salpius wurde am 31. Juli 1823 in Berlin geboren. Sein Vater, welcher sich zuerst der Rechtswissenschaft gewidmet, hatte die juristische Laufbahn verlassen, als die preußische Jugend zu den Waffen eilte, um das Joch des ersten Napoleon abzuschütteln, war dann Soldat geblieben, und war zur Zeit der Geburt Botho von Salpius' Major im preußischen großen Generalstabe. Seine Mutter entstammte einem alten Geschlechte der Provinz Preußen, von Oldenburg. Auf den Wunsch seiner mütterlichen Familie wurde unserem Salpius später (im Jahre 1855) auch der Name der letzteren beigelegt; deshalb hieß er seitdem von Salpius genannt von Oldenburg. Geschrieben hat er freilich seinen Namen nie mit dem späteren Zusatze.

Seine Schulbildung erhielt er auf dem Königlichen Friedrich-Wilhelms-Gymnasium zu Berlin, welches er, noch nicht 16 Jahre alt, um Ostern 1839 verließ. Sein Wunsch war es, Mathematik und Naturwissenschaften zu studiren. Sein Abgangszeugniß von der Schule bezeugt, daß er sich in diesen Wissenschaften „durch Selbststudium Kenntnisse verschafft, welche in dem Kreise des Gymnasialunterrichts nicht vorausgesetzt oder erwartet werden." Obgleich er dem Wunsche seines Vaters, daß er sich der Jurisprudenz widmen möge, nachgab und trotz des Eifers, mit welchem er seiner Fachwissenschaft zugethan war, hat er doch mathematischen Studien sich bis an sein Ende mit Vorliebe gewidmet. Es war nicht selten, daß noch in den letzten Jahren seines Lebens seine Freunde ihn in seinem Arbeitszimmer vor einem Tische fanden, welcher mit vielen Bogen mathematischer Berechnungen bedeckt war.

Nachdem Salpius den Sommer 1839 der Kräftigung seiner besonders n seiner Jugend zarten Gesundheit gewidmet hatte, begann er um Michaelis desselben Jahrs seine Studien auf der Berliner Universität, wobei er sich aber nicht auf die Jurisprudenz beschränkte, sondern zunächst sogar den

Digitized by Google

größeren Theil seiner Zeit den cameralistischen und den Naturwissenschaften gewidmet zu haben scheint. Savigny gewann auch seine Neigung der Rechtswissenschaft. Zu Ostern 1841 ging er nach Bonn, wo besonders Bethmann-Hollweg ihnanzog, kehrte nach einem Jahre nach Berlin zurück und beendete nach einem weiteren Jahre dort seine Universitätsstudien.

Nach bestandener Prüfung trat er im April 1843 bei dem Stadtgerichte zu Berlin in den practischen Justizdienst ein, wurde 1845, nachdem er zum Referendarius ernannt war, an das Oberlandesgericht zu Marienwerder versetzt, arbeitete dann theils bei diesem Gerichte, theils bei den Land- und Stadtgerichten zu Danzig und zu Kulm und wurde im Herbste 1848 nach absolvirter großer Staatsprüfung zum Assessor bei dem Kammergerichte zu Berlin ernannt. Ein Jahr später wurde er an das Kreisgericht zu Oppeln versetzt, bei welchem ihm, unter Ernennung zum Kreisrichter, eine ordentliche Richterstelle verliehen wurde. Im März 1852 ward ihm die Stelle eines Justitiars (Forst-Assessors) bei der königlichen Regierung zu Frankfurt a. O. übertragen. Die Beschäftigung bei der Verwaltung sagte ihm aber nicht zu; er sehnte sich nach richterlicher Thätigkeit zurück, beantragte deshalb seine Wiederaufnahme in den Justizdienst und bat insbesondere, in einem Landestheile angestellt zu werden, wo gemeines Recht gilt. Dieser Wunsch ging in Erfüllung; es wurde ihm die Anstellung bei dem Kreisgerichte zu Stralsund zugesagt. Bis zur Uebernahme dieses Richteramtes fungirte er zwei Monate lang bei der Staatsanwaltschaft zu Stettin. Im Juli 1853 trat er als Mitglied in das Kreisgericht zu Stralsund ein, welches damals eine Anzahl wissenschaftlich strebsamer Richter enthielt. Hier ergriff ihn, durch praktische Thätigkeit und den Verkehr mit seinen Collegen angeregt, jene Vorliebe für gemeinrechtliche Studien, welcher wir sein Werk über „Novation und Delegation nach römischem Recht" verdanken. Dasselbe erschien im Jahre 1864 und hat seinem Verfasser einen Ehrenplatz in der juristischen Literatur gesichert. Die Universität Greifswald ernannte ihn in Anerkennung dieser wissenschaftlichen Leistung zum Doctor juris. Er erhielt Anträge wegen Uebernahme von Professuren und Richterstellen in den höchsten Gerichten kleinerer Staaten. Aber er blieb in Stralsund bis zum Jahre 1867. Das Königreich Hannover war in Preußen einverleibt. Es war eine Stelle bei dem höchsten Gerichte der neuen Provinz zu besetzen. Diese Stelle wurde unserem Salpius angetragen; er nahm sie mit Freuden an. Die neue Stellung als Ober-Appellations-Rath in Celle regte ihn zu neuen wissenschaftlichen Studien auf dem Felde des deutschen Rechts an, welche leider im Stadium umfangreicher Vorarbeiten für eine Revision der Lehre von dem deutschen ehelichen Güterrechte geblieben sind. — Das

Digitized by Google

Urtheil des Reichs-Oberhandelsgerichts zu Leipzig vom 21. Februar 1871 über den Einfluß des französischen Gesetzes vom 13. August 1870, welches den französischen Wechselschuldnern ein Moratorium gewährte, auf den im Gebiete der deutschen Wechselordnung zu nehmenden Wechselregreß veranlaßte ihn, die Abhandlung zu schreiben, welche in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht Band 19 S. 1 ff. unter dem Titel: „Ueber die Anwendung ausländischen Rechts auf den Wechselregreß", veröffentlicht ist. Salpius bekämpft darin die Entscheidung des Oberhandelsgerichts und eröffnet auf Grund historischer Forschungen neue Gesichtspunkte über die Bedeutung des Wechselprotestes, welche neues Licht über diese Materie verbreiten. — Sein letztes, erst nach seinem Tode veröffentlichtes Werk ist das Gutachten, welches er für den Juristentag erstattet hat, und welches im ersten Bande der Verhandlungen des zwölften Juristentages abgedruckt ist. Es ist eine Zierde der Druckschriften des Juristentages.

Salpius hatte viel musikalisches Talent; er hatte sich schon in früher Jugend in der Composition versucht. Am 1. Juni 1874 vollendete er eine Composition des 91. Psalms („Trost in Sterbensgefahr") und brachte die Noten in eine Reinschrift, um letztere seiner auf einer Besuchsreise abwesenden Gattin bei ihrer Rückkehr zu übergeben. Am Abend desselben Tages machte er mit seinen Kindern einen Spaziergang, überwachte noch in derselben Nacht während eines heftigen Gewitters diese Kinder und begab sich bald nach Mitternacht zur Ruhe. Am Morgen des 2. Juni blieb er länger in seinem Schlafzimmer als gewöhnlich. Seine älteste vierzehnjährige Tochter, welche ihn wecken wollte, fand ihn todt in seinem Bette. Ein Herzschlag hatte seinem Leben jäh ein Ende gemacht; die ruhigen Gesichtszüge des Entseelten ließen darauf schließen, daß der Tod über ihn gekommen war, ohne daß er es empfunden hatte.

Salpius war ein Mann von der größten Begabung und einer Vielseitigkeit des Wissens, wie man sie selten findet, ein liebenswürdiger Mensch, ein tüchtiger Charakter. Er selbst schrieb den wesentlichsten Einfluß auf seine Bildung und die Richtung seiner Anschauungen seinem Vater, welcher als General in Berlin gestorben ist, und seinem Großvater, dem General-Landschaftsrath von Oldenburg, zu. Letzterer lebte auf seinem Gute in Ostpreußen und war früher ein naher Freund des Ober-Präsidenten von Schön gewesen. Die politische Richtung, auf welche bei wiederholten längeren Besuchen im großväterlichen Hause Salpius — vielleicht ohne daß der Großvater selbst es wollte — hingewiesen wurde, war die der Anhänger Schön's, welche man später als die alt-liberale zu bezeichnen pflegte. Salpius hat diese Richtung stets festgehalten. Er verbarg seine freisinnigen Ansichten nicht, als die Reaction in den fünfziger Jahren ihre Siege

Digitized by Google

feierte und diese Offenheit ihn persönlich schädigte, aber er war auch ein entschiedener Feind demokratischer Zügellosigkeiten; er war überzeugt (wie er in einem handschriftlichen Aufsatze sagt) „von der Nothwendigkeit einer starken und geordneten Regierungsgewalt."

Als Jurist war er einer der seltenen Praktiker, welche ihr Richteramt lieben um der wissenschaftlichen Anregung willen, welche die Praxis ihnen bringt, welchen aber die eingehendsten wissenschaftlichen Studien den klaren Blick für die Beurtheilung des einzelnen Falles nicht verschließen. Seine literarischen Leistungen und seine Verdienste um die Rechtswissenschaft würden noch größer geworden sein, wenn er mehr äußeren Ehrgeiz besessen und sich nicht zu oft begnügt hätte mit dem Genusse, welchen das Forschen selbst ihm gewährte. So ist es zu erklären, daß er nicht das Bedürfniß hatte, die Resultate seiner Forschungen zusammenzustellen und zu veröffentlichen. Darum ist er nicht dazu gekommen, die lange festgehaltene Idee auszuführen, das Werk über Novation und Delegation fortzusetzen oder zu erweitern zu einer Geschichte der einschlagenden handelsrechtlichen Institute, namentlich des Wechsels. Deshalb ist die Revision der Lehre von den ehelichen Güterrechten durch ein wissenschaftliches Werk nicht erfolgt; deshalb sind noch andere literarische Pläne nicht in's Leben getreten.

Aber Dasjenige, was er für die Rechtswissenschaft geleistet hat, giebt ihm Anspruch auf unsern Dank. Und die Blätter, welche seine letzte Arbeit den deutschen Juristen vorlegen, sind wohl ein geeigneter Ort, den letzteren auch ein kurzes Lebensbild unseres Salpius zu bringen.

Sein Andenken sei alle Zeit von den Juristen in Ehren gehalten! Seine Freunde werden ihn nie vergessen!

Kühne.

Digitized by Google

Digitized by Google

Berichtigungen.

I.

In dem Verzeichniß der Mitglieder der ständigen Deputation in den Plenarverhandlungen des XI. deutschen Juristentages, Seite 365 des stenogr. Berichts, ist der Name des Appellationsgerichtspräsidenten Dr. Kühne in Celle durch ein Versehen ausgefallen.

II.

In dem Gutachten des Obergerichts-Assessor Dr. Westerkamp in Hannover über Einführung der Jury in den deutschen Civilproceß, S. 103 des ersten Bandes der Verhandlungen des zwölften deutschen Juristentages, ist die bill of rights angezogen anstatt des statute 13 Will. III. ch. 2, durch welches verordnet wurde, daß die Bestallungen der Richter des gemeinen Rechts nicht mehr wie bisher durante bono placito sondern quamdiu bene se gesserint lauten sollten; was der Verfasser hiermit berichtigt.

III.

S. 172 Z. 18 von unten l Vormundschafts statt Vermundschafs.
S. 184 Z. 9 von unten l. Mildthätigkeit statt Mildhätigkeit.
S. 249 Z. 5 von unten l. entstanden statt enstanden.
S. 253 Z. 16 von oben l. leichte statt eichte.
S. 270 Z. 20 von oben l. der statt den.

Ex. G, a, a,
Druck von G. Jansen in Berlin.

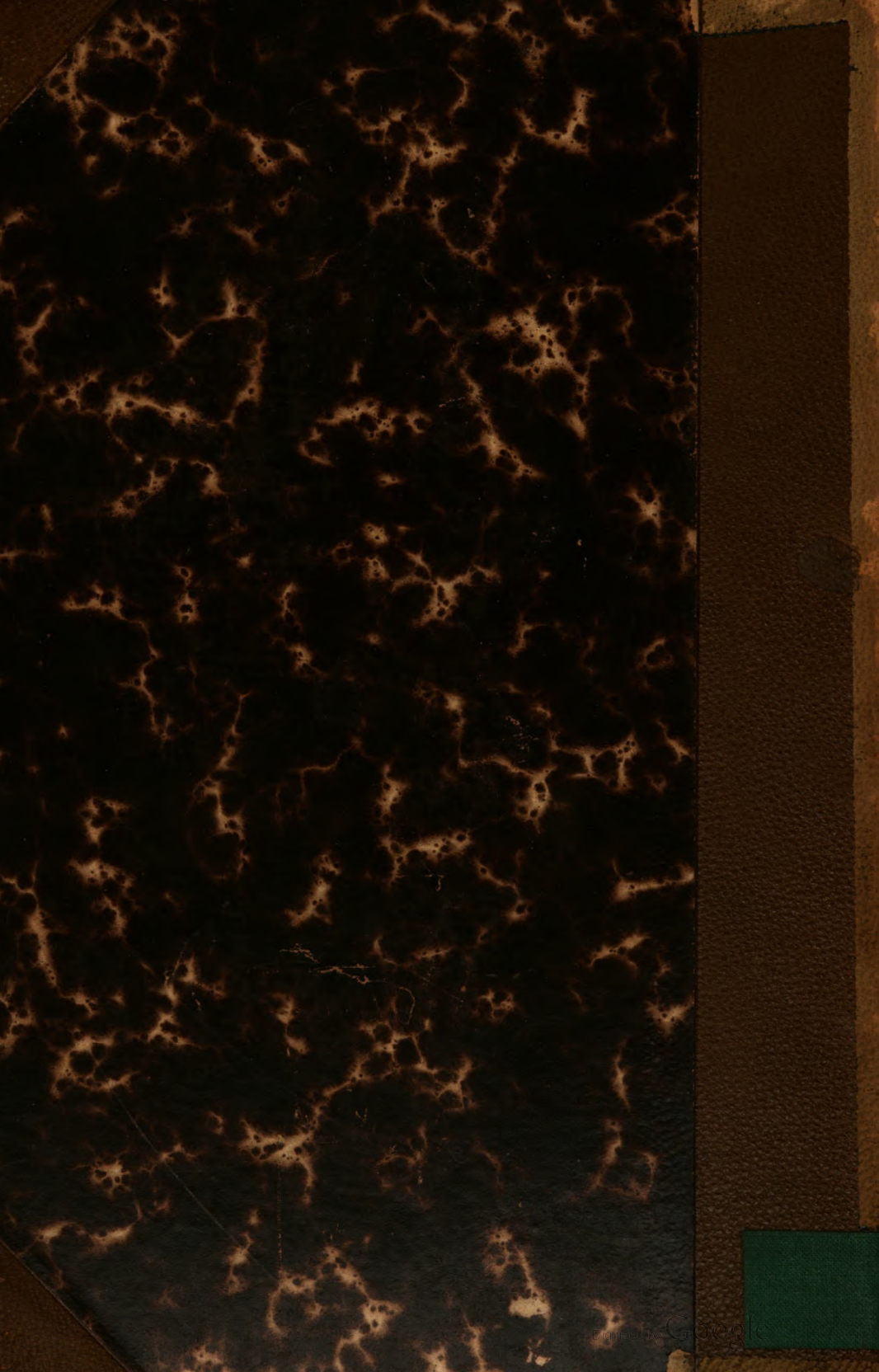
Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google